Die
Einrede der Vorausklage des Bürgen
im jetzt geltenden deutschen Recht.

■■■

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
bei der
Juristischen Fakultät der Universität Leipzig
eingereicht von

Johannes Felix Morgner
bacc. iur.
Referendar in Schneeeberg i. Sa.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

■■■

Aue i. E.
Druck von C. M. Gärtner.
1910.

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
I. Wesen und Zweck der Bürgschaft und ihr Verhältnis zur Einrede der Vorausklage	1—4
II. Grundzüge der geschichtlichen Entwicklung der Einrede der Vorausklage vom klassischen römischen Recht bis zur Aufnahme in das Bürgerliche Gesetzbuch . . .	4—14
III. Der Begriff der Einrede, die Art ihrer Geltendmachung, das Wesen der Vorausklage und die Folgen im Prozeß	15—35
IV. Die allgemeine Diligenzpflicht des Gläubigers gegen den Bürgen und ihr Einfluß auf die Einrede der Vorausklage	35—48
V. Ausschluß der Einrede der Vorausklage	
a) durch Rechtsgeschäft	48—55
b) von Gesetzeswegen	55—70
VI. Die Unterschiede der Bürgschaft besonders bei Ausschluß der Einrede der Vorausklage von der Gesamtschuldnerschaft	70—79
VII. Die Einrede der Vorausklage bei	
a) der Schadloshaltungsbürgschaft	79—82
b) der Nachbürgschaft	83—86
c) der Rückbürgschaft	87—88
d) dem Kreditauftrag	88—89
e) dem Garantieversprechen	89
f) der Wechselbürgschaft	89—91
VIII. Die Regelung der Beweislast	91—99
IX. Das Übergangsrecht mit Beziehung auf die Einrede der Vorausklage	99—100

Literaturverzeichnis.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Weimar 1886.

Bendix, Zur Auslegung des § 773 Nr. 3 B. G. B. in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1905.

Brattig, Die kumulative Schuldübernahme und ihr Verhältnis zur Bürgschaft, Inaug.-Diss., Borna 1907.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Auflage, Jena 1903/4.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Tübingen und Leipzig, 1900 und 1902.

Dernburg, Pandekten, Berlin 1903.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens, 2. Band, 3. Auflage, Halle 1906.

Eck-Leonhardt, Vorträge über das Recht des B. G. B., Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Berlin 1903.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896, München 1906.

Friedenthal, Einwendung und Einrede in der Zivilprozeßordnung und dem Bürgerlichen Recht, Jena 1898.

Gaupp-Stein, die Zivilprozeßordnung, Tübingen 1908.

Gentsch, Der Aval, Inaug.-Diss., Borna 1908.

v. Gerber, System des deutschen Privatrechts, neu bearbeitet von Cosack, 17. Auflage, Jena 1895.

Girtanner, Die Bürgschaft des gemeinen Zivilrechts, Jena 1850.

Goldmann-Lilienthal, das Bürgerliche Gesetzbuch, Berlin 1903.

Habicht, Die Einwirkung des B. G. B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 2. Auflage, Jena 1901.

Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts, Düsseldorf 1870.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht, Jena 1900.

Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1903.

Heimbach in Weiskes Rechtslexikon.

Herms, Die Bürgschaft nach dem B. G. B., Inaug.-Diss., Rostock 1900.

Jaeger, Die Konkursordnung, 3./4. Auflage, Berlin 1907.

Jakubezky, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines B. G. B. für das deutsche Reich, München 1892.

Katzenstein, Die Wechselbürgschaft, Inaug.-Diss., Borna 1906.

Koch, Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, Berlin 1862.

Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Berlin 1906.

Krefft, Einrede und Beweislast, Inaug.-Diss., Borna 1906.

Lenné, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Berlin 1897.

Leonhard, Die Beweislaſt, Berlin 1904.

Lichtlen in Pichelts Zeitſchrift für Deutſches Bürgerliches Recht und Franzöſiſches Zivilrecht.

Lippmann in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Band 48 Seite 329 ff.

Meisner, Das B. G. B. für das deutſche Reich, Breslau 1898.

Müller, Die Haftung des Bürgen im Bürgerlichen Geſetzbuch für das deutſche Reich, Inaug.-Diſſ., Borna 1904.

Neumann, Handausgabe des B. G. B. für das deutſche Reich, 1. Band, 4. Auflage, Berlin 1905.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältniſſe, 2. Auflage, Berlin 1906.

Philler, Vorleſungen über das Bürgerliche Geſetzbuch, Leipzig 1899.

Pfeifer, Die prozeſſualiſche Natur der Einrede der Vorausklage, Stuttgart 1846.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Geſetzbuch nebſt Einführungsgeſetz, 2. Band, 3. Auflage, Berlin 1907.

Pulvermann, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger nach dem Rechte des B. G. B., Borna 1905.

Rech, Der Begriff der Einrede im Bürgerlichen Geſetzbuch und im Zivilprozeß, Borna 1907.

Regeniter, Die Einrede der Vorausklage nach gemeinem Recht und dem Recht des Bürgerlichen Geſetzbuchs unter Berückſichtigung deutſcher und außerdeutſcher Geſetze, Borna 1903.

Seyfferth, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger nach dem Deutſchen Bürgerlichen Geſetzbuche, Inaug.-Diſſ., Borna 1903.

Schill, Die Einrede des Bürgen und ihre Geltendmachung im Prozeß, Inaug.-Diſſ., Borna 1904.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältniſſe, Berlin 1897 und 1904.

Schottelius, Der Aval, Inaug.-Diſſ., Borna 1906.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältniſſe in ſeinen allgemeinen Lehren, Berlin 1897.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Geſetzbuch, 3./4. Auflage, München 1908.

Struben, Rechtliche Bedenken, Hannover 1772.

Thon im Archiv für zivilgerichtliche Entſcheidungen, 1890.

Unger in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.

Weſtphal, Die Verpflichtungen des Gläubigers gegenüber dem Bürgen. Borna 1906.

Windſcheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage, Frankfurt a. M., 1906.

Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Geſetzbuches, Leipzig 1900.

Zuſammenſtellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Geſetzbuchs für das deutſche Reich, gefertigt vom Reichsjuſtizamt, Berlin 1890.

Ausführung.

I.

Wesen und Zweck der Bürgschaft und ihr Verhältnis zur Einrede der Vorausklage.

Bürgschaft ist jede vertragsmäßige Verbindlichkeit, die jemand gegenüber dem Gläubiger eines Dritten dahin eingeht, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten neben diesem haften zu wollen. Die Bürgschaft erfordert also zu ihrer Eingehung einen formellen Ausdruck dem Gläubiger gegenüber und die rechtliche Existenz einer Hauptschuld, sei diese im Klagewege erzwingbar oder nicht erzwingbar, bestehe sie jetzt schon oder sei es eine künftige, erst zu erwartende Verbindlichkeit. Wesentlich ist für die Hauptschuld, daß um ihretwillen und zu ihrer Sicherung die andere Verbindlichkeit eingegangen wird. Solange dieses akzessorische Verhältnis nicht dem Gläubiger gegenüber erklärt ist, solange bleibt es bloß ein Verhältnis zwischen den beiden Schuldnern, das als solches den Gläubiger gar nicht berührt. Es handelt sich eben bei der Feststellung des Begriffes „Bürgschaft" um das Verhältnis zum Gläubiger, demgegenüber das akzessorische Verhältnis erwähnt sein muß. Wie dabei freilich sonst der Ausdruck gefaßt ist, bleibt für den Bürgschaftsbegriff ohne Belang. Hiernach bedeutet es allerdings eine Bürgschaft, wenn

sich jemand für einen anderen verbürgt, sofern er nur diesen als eigentlichen Hauptschuldner anerkennt durch Hinweis auf dessen Schuld als die Ursache, um derentwillen er sich verpflichte.

Die Bürgschaftsverpflichtung ist nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck. Sie soll den Gläubiger für den dem Hauptschuldner gewährten Kredit sicherstellen und den Gläubiger vor Verlusten hinsichtlich der Hauptschuld bewahren. Dieser Zweck wird dadurch erreicht, daß es dem Gläubiger gestattet ist, Erfüllung seiner Forderung auch von Bürgen zu begehren. Je nachdem man diese Befugnis des Gläubigers in mehr oder minder entschiedener Weise voranstellt, wird die Lage des Bürgen eine mehr oder minder ungünstige sein.

Nie hat und wird man jedoch ganz vergessen, daß es immerhin ziemlich hart, wenn der Bürge eine Verbindlichkeit auf Verlangen des Gläubigers erfüllen muß, für die er nur einzustehen sich bereit erklärt hat, die aber in Wirklichkeit nicht die seinige ist. Wollte man diese Anschauung auf die Lage des Bürgen günstig in billiger Weise einwirken lassen, so konnte man ihm entweder gegen den Gläubiger oder gegen den Hauptschuldner Schutz gewähren. Es ist klar, daß der kräftigste Schutz für den Bürgen darin liegt, es gar nicht erst zur Klage gegen ihn und infolgedavon zur eventuell zwangsweisen Zahlung durch ihn kommen zu lassen, also in der Richtung gegen den Gläubiger, weil es je nach den finanziellen Verhältnissen des Hauptschuldners sehr unsicher sein kann, ob der Bürge gegen ihn erfolgreich Regreß nehmen wird. Unter diesem Gesichtspunkt ist es dem Bürgen gestattet, sich aller Einreden zu bedienen, die dem Hauptschuldner zustehen [1]) Man

[1]) B. G. B. § 768 Abs. 1 Satz 1.

mußte es aber dem Bürgen ermöglichen, sich ganz unabhängig von einem Rechte des Hauptschuldners wenigstens zeitweilig dem Erfüllungszwange zu entziehen. Verlangt der Gläubiger vom Bürgen Befriedigung der Hauptschuld, so soll ihn der Bürge, gleichviel ob er gegenüber dem Hauptschuldner regreßberechtigt ist oder nicht, zunächst an den Hauptschuldner verweisen und erst dann zur Zahlung genötigt werden dürfen, wenn der Gläubiger nichts oder nicht alles vom Hauptschuldner hat erhalten können. Der Gläubiger soll zunächst einmal den Hauptschuldner ausklagen, ehe er vom Bürgen Befriedigung heischen darf. Dies ist der Zweck der Einrede der Vorausklage, die jedem Bürgen als solchem zusteht. es bedarf nicht erst erwerbender Voraussetzungen. Der Bürge kann seiner Pflicht zur Leistung erfolgreich entgegentreten, bis der Hauptschuldner vergeblich zur Befriedigung des Gläubigers von diesem im Klage- und Zwangsvollstreckungswege angehalten worden ist. Die Einrede der Vorausklage bedeutet also den subsidiären Charakter der Bürgschaftsverbindlichkeit: der Bürge will erst nach dem Hauptschuldner haften. [2]) Dies ist gewiß ein energischer Schutz für den Bürgen, ist aber zugleich auf der anderen Seite eine erhebliche Verkümmerung der Sicherheit, die der Gläubiger durch die Verpflichtung des Bürgen erlangt zu haben glaubte. Die Einrede der Vorausklage tritt dem Triebe des ganzen Instituts der Bürgschaft bedenklich nahe und vereitelt geradezu seinen Nutzen und seinen Hauptzweck, im Verkehre der Hebung des Kredits zu dienen durch möglichste Sicherstellung des Gläubigers. Eine Begünstigung des Bürgen erscheint also nur gerechtfertigt, soweit sie ohne wesentliche Benachteiligung

[2]) B. G. B. § 771.

des Gläubigers möglich ist. Beide Momente, jenes Bedürfnis, die Härte der Bürgschaft für den Bürgen zu mildern, und diese Gefahr, dabei dem Verkehrsleben zu schaden — die Rücksicht auf den Bürgen und diejenige auf den Gläubiger — mögen von Anfang an gleichmäßig gefühlt worden sein. Ebendeshalb entschloß sich der Gesetzgeber erst spät dazu, dem Bürgen die Einrede der Vorausklage zu gewähren. [3])

[3]) Girtanner, S. 199f. und Hasenbalg, S. 593.

II.

Grundzüge der geschichtlichen Entwicklung der Einrede der Vorausklage vom klassischen römischen Rechte bis zur Aufnahme in das B. G. B.

Bei den alten Römern hat kein Gesetz gegolten, welches die Vorausklage des Hauptschuldners vor dem Bürgen bestimmt hat. Im klassischen römischen Recht hatte der Gläubiger die Wahl, wen er zur Zahlung heranziehn wollte, den Hauptschuldner oder den Bürgen. [1]) War der Gläubiger selbst Schuld daran, daß ihm vom Hauptschuldner keine Befriedigung zu teil wurde, so schadete dieser Umstand seinem Rechte gegen den Bürgen nichts. Der Bürge konnte ihn hierfür nicht verantwortlich machen. Eine indirekte Beschränkung dieses Wahlrechts findet sich in den Digesten 47, 10 fr. 12: Inanspruchnahme des Bürgen bei offenbarer Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners begründet eine actio iniuriarum. Dies ist das strenge Recht der Digesten und des Kodex. [2]) Das

[1]) Dernburg, § 79 Ziff. 2.

[2]) Westphal, § 13 a.

Recht des Gläubigers, nach seinem Belieben von dem Bürgen oder von dem Hauptschuldner die Erfüllung der Verbindlichkeit verlangen zu dürfen, besaß neben dem anscheinenden Vorteil auch Gefahren bedenklicher Art. Wenn nämlich der Gläubiger den einen im Klagewege angriff, so wurde der andere durch die Litiskontestation frei. Erhielt der Gläubiger von dem in Anspruch Genommenen nichts oder nicht alles, so büßte er den nicht erlangten Betrag sicherlich ein, denn zufolge der Litiskontestation mit dem einen konnte er von dem andern nichts mehr fordern.

In tiefgehender Weise wurde diese Gefahr abgewendet, zugleich aber auch die Befugnis des Gläubigers in seinem Wahlrechte eingeschränkt durch Eingehung einer eigentlichen Schadloshaltungsbürgschaft, fideiussio indemnitatis.[3]) Ihr zufolge besaß der Gläubiger das Recht, das und nur das zu fordern, was er vom Hauptschuldner nicht erlangen konnte. Der Gläubiger war aus einer solchen Bürgschaft vom Bürgen zu fordern erst dann berechtigt, wenn er vom Hauptschuldner nicht oder nicht alles erhalten hatte, und nur soviel durfte er fordern, als er vom Hauptschuldner nicht hatte beitreiben können. Im Moment der Litiskontestation mit dem Hauptschuldner bestand also eine Verpflichtung des Bürgen zur Zahlung noch gar nicht. Daher konnte die Bürgschaftsverpflichtung infolge der Litiskontestation mit dem Hauptschuldner auch nicht erlöschen; erst nach dieser entstand sie ja insoweit, als der Hauptschuldner fruchtlos ausgeklagt war.

Die gesamtzerstörende Wirkung der Litiskontestation, die Befreiung des noch nicht verklagten correus, ward im Jahre 531 n. Chr. durch die lex 28 Cod. de fideiussoribus aufgehoben, und so dem

[3]) Girtanner, S. 520 und unten unter VII a.

Gläubiger auch bei der gewöhnlichen Bürgschaft die Möglichkeit gegeben, zuvörderst einmal beim Hauptschuldner vor dem Bürgen einen Befriedigungsversuch zu machen, ohne durch die Litiskontestation mit dem Hauptschuldner die Forderung gegen den Bürgen einzubüßen. Man erkannte an, daß der Bürge, wenn er erfülle, eine fremde Schuld erfülle und daß es daher billig sei, wenn der Gläubiger zunächst beim Hauptschuldner seine Befriedigung zu erlangen versuche. Diese Erwägung brach sich im Jahre 535 n. Chr. Bahn, als Justinian die Novelle 4 erließ. Dieses Gesetz griff tief in das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen ein. Das Wahlrecht des Gläubigers ward eingeengt. Hatte man bisher nur den Gläubiger zu sichern gesucht, so ließ man von jetzt an die Rücksicht auf den Schutz des Bürgen vorherrschen. Bisher stand der Bürge auf unbedingt gleicher Stufe neben dem Hauptschuldner, jetzt trat er hinter diesen zurück. [4])

Die Novelle 4 bringt den subsidiären Charakter der Verpflichtung des Bürgen zum gesetzlichen Ausdruck; sie bestimmt, der Gläubiger soll sich zuvörderst an den Hauptschuldner halten und dürfe erst dann, wenn er bei diesem nicht ganz oder überhaupt nicht befriedigt worden sei, den Bürgen zur Zahlung heranziehn. [5]) Diese Rechtswohltat des Bürgen wird als beneficium excussionis seu ordinis bezeichnet. [6]) Diese Rechtswohltat entfällt bei gänzlicher Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners oder dann, wenn der Angriff wider den Hauptschuldner schon äußerlich mehr Schwierigkeiten darbietet als die Ausklagung

[4]) Hasenbalg, S. 401.

[5]) Dernburg, Pand., Bd. 2, § 79 Ziff. 2 und Windscheid-Kipp, Pand., Bd. 2, S. 1022f, Anm. 1.

[6]) Vgl. über sie auch Heimbach, a. a. O., Bd. 1, S. 901.

des Bürgen, z. B. wenn der Hauptschuldner abwesend, der Bürge dagegen anwesend ist. Doch muß in diesem Falle dem Bürgen auf seinen Antrag vom Richter eine Frist bestimmt werden, innerhalb deren er den Hauptschuldner zur Stelle schaffen und sich so von der Klage vor dem Hauptschuldner befreien kann. In den meisten übrigen Fällen kann der Bürge der Klage des Gläubigers die exceptio excussionis entgegensetzen und so den Gläubiger anhalten, zuvor den Hauptschuldner auszuklagen, ehe er — der Bürge — mit Erfolg angegriffen werden kann. Diese Verpflichtung hat der Gläubiger nicht erst von dem Augenblicke an, wo ihm die Einrede der Vorausklage in zulässiger Weise entgegengesetzt wird, sondern schon vom Augenblicke der Eingehung der Bürgschaft an, sobald ihm nur die Einrede der Vorausklage demnächst entgegengesetzt wird.

Die Glossatoren bildeten die dem Bürgen entschieden vorteilhafte Tendenz der Novelle 4 weiter aus und zwar derart zu seinen Gunsten, daß der Gläubiger über Gebühr benachteiligt wurde. Wegen der Schmälerung der Rechte des Gläubigers bürgerte sich bald die Sitte ein, bei jeder Bürgschaft einen Verzicht auf die Einrede der Vorausklage vom Bürgen erklären zu lassen; so besonders in den Notariatsurkunden, für die die Novelle 4 eigentlich keine weitere Wirkung äußerte, als daß sie einen besonderen Verzicht notwendig machte. Auch legte man, um einer allzu großen Begünstigung des Bürgen Einhalt zu tun, die Novelle 4 folgendermaßen aus: „Der Gläubiger ist nur insoweit gehalten, seine Befriedigung zuvor aus dem Vermögen des Hauptschuldners zu suchen, soweit ihm dies nicht mehr Beschwerlichkeit verursacht als die Ausklagung des Bürgen.“ Man

ergänzte also die Worte der Novelle „si non valnerit" mit einem „commode." [7])

In der Folgezeit, im 16. Jahrhundert, nach der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland, bestrebte man sich, den Schutz des Bürgen und die Rücksicht auf den Gläubiger zu vereinigen und beiden dabei genügend gerecht zu werden. Da das germanische Recht keine Einrede der Vorausklage kannte — „den Bürgen muß man würgen" [8]) — vielmehr der Bürge vor dem Hauptschuldner belangt werden mußte, [9]) so schränkte man die Novelle 4 dahin ein, daß bei ihrer Anwendung den Gläubiger kein Nachteil treffen dürfe. Nur dann sollte die Einrede der Vorausklage Platz greifen, wenn es für den Gläubiger in gleicher Weise bequem und sicher war, ob er den Hauptschuldner oder den Bürgen in Anspruch nahm. [10]) Diese dem Gläubiger allzu günstige Auffassung vertrat besonders Berlich, der nicht weniger als 91 Fälle aufzählte, in denen der Bürge die Einrede der Vorausklage nicht mehr besäße. Bei so weitgehenden Ausnahmen tritt jede Regel ganz zurück.

Stets, auch im weiteren Verlaufe der Entwicklung, war, wenn die Einrede der Vorausklage zurecht geltend gemacht wurde, eine vorherige Ausklagung des Hauptschuldners nötig, ehe der Gläubiger den Bürgen in Anspruch nehmen durfte. In dieser Gestalt ist die Einrede der Vorausklage in fast alle modernen Gesetzbücher eingedrungen. Nur das österreichische Recht [11]) macht insofern eine Ausnahme, als es die Belangung des Bürgen gestattet,

[7]) Girtanner, S. 221 ff.

[8]) Vergl. Sachsenspiegel, Buch III, Artikel 85.

[9]) v. Gerber, § 231, S. 393. Hiernach genießt also die Rechtswohltat der Vorausklage der Hauptschuldner.

[10]) Girtanner, S. 226 ff.

[11]) Österreichisches Gesetzbuch § 1355.

wenn nur der Hauptschuldner auf des Gläubigers gerichtliche oder außergerichtliche Mahnung seine Verbindlichkeit nicht erfüllt hat (§ 1355 österr. B. G. B.).

Trotz dieser allgemeinrechtlichen Gültigkeit der Einrede der Vorausklage war ihre Uebernahme in das B. G. B. keine Selbstverständlichkeit. Bei Beratung des B. G. B. dachte man sogar daran, die Subsidiarität in dem oben angegebenen Sinne ganz abzuschaffen oder sie nur in der Form beizubehalten, daß der Gläubiger vor der Ausklagung des Bürgen den Hauptschuldner außergerichtlich erfolglos zur Zahlung aufgefordert haben müsse. [12])

Viele hielten bei Abfassung des B. G. B. die Rechtswohltat der Vorausklage für nicht unbedenklich und schwer zu rechtfertigen, [13]) weil sie für das H. G. B. ausgeschlossen sei, daher die Rechtssicherheit bei Verschiedenheit des H. G. B. und des sonstigen bürgerlichen Rechts leiden könne und weil die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung durch Bürgen nach B. G. B. [14]) nur erfüllt werden könne, wenn der Bürge auf die Einrede der Vorausklage verzichte. Die Versagung des Rechtsbehelfs der Vorausklage könnte sich auch als Mittel empfehlen, dem leichtsinnigen Verbürgen zu steuern. Auch pflegten die geschäftsgewandten Gläubiger den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage sich auszubedingen. In Oesterreich sei die Einrede der Vorausklage seit mehr als 80 Jahren abgeschafft, ohne daß sich daraus Nachteile ergeben hätten, und das französische Recht habe die Einrede dadurch wesentlich abgeschwächt, daß der Bürge die Kosten der Ausklagung vorschießen

[12]) Protokolle, Bd. II, S. 468 und Zusammenstellung der gutachtl. Äußerungen, Bd. II, Seite 365 ff.

[13]) Protokolle, Bd. II, S. 469.

[14]) B. G. B. § 239 Abs. 2.

müsse. Auch sei die Einrede nicht im Wesen der Bürgschaft begründet; es sei lediglich ein sozialpolitisches Experiment Justinians gewesen, durch das sie eingeführt worden sei. Der Bürge wolle allerdings nicht als gewöhnlicher Gesamtschuldner haften, sondern die Verpflichtung zur Leistung nur für den Fall auf sich nehmen, daß der Gläubiger sie vom Hauptschuldner vergeblich verlange. Daß der Gläubiger erst einen Prozeß gegen den Hauptschuldner durchführe und die Zwangsvollstreckung gegen ihn betreibe, entspräche nicht der Absicht der Vertragschließenden. Vielmehr habe die Bürgschaft, ähnlich wie das Pfandrecht, auch den Zweck, dem Gläubiger ohne Weiterungen Befriedigung zu verschaffen. Deshalb werde man, wenn die Bürgschaft nicht ihrem wahren Zweck zuwider abgeschwächt werden sollte, nicht mehr verlangen dürfen, als daß der Gläubiger zuerst die Leistung vom Hauptschuldner fordere und angemessene Zeit auf die Leistung desselben warte.

Für die Beibehaltung der Einrede der Vorausklage waren folgende Erwägungen maßgebend: [15])

Die Einrede der Vorausklage entspreche dem geltenden Rechte; sie sei von allen modernen Gesetzbüchern, mit Ausnahme des österreichischen, aufrecht erhalten worden. Im Verkehre seien zwei Formen der Bürgschaft gebräuchlich: die strengere, selbstschuldnerische, und die freiere Bürgschaft mit der Einrede der Vorausklage. Es sei nicht abzusehen, weshalb man die letztere für die Zukunft unmöglich machen solle. Die Einrede der Vorausklage sei allerdings erst im späteren römischen Rechte entstanden, sie sei aber in das Volksleben eingedrungen und nicht einfach als irrationelle Mißbildung anzusehen. Daß der Bürge nicht einfach wie ein Gesamtschuldner haftet,

[15]) Protokolle Bd. II, S. 470.

werde auch von der Gegenpartei nicht verkannt. In der Gegenwart sei im Volksbewußtsein der Gedanke durchaus lebendig, daß der Gläubiger zunächst den Hauptschuldner verklagen müsse und daß durch ein Urteil und bis zu einem gewissen Grade durch die Zwangsvollstreckung festgestellt werden müsse, daß der Hauptschuldner nicht leisten könne, die Rechtshilfe gegen den Hauptschuldner also versagt habe. Diese Gestaltung biete auch den materiellen Vorteil, daß der Bürge durch den Prozeß erfahre, ob und welche Einreden dem Hauptschuldner zustehen. Es müsse darauf vertraut werden dürfen, daß die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner, zumal wenn er zahlungsfähig sei, vor dem Bürgen die Regel bleibe, und der Bürge müsse, wenn es anders sein solle, die strengere Haftung besonders übernehmen. Diese Auffassung beherrsche den Verkehr. Dazu komme noch, daß der Bürge dem Schuldner regelmäßig nahestehe und daß es unpolitisch sein würde, ihn zu zwingen, den Schuldner zu verklagen, nachdem er seinerseits an den Gläubiger gezahlt hätte. Richtiger sei es, daß der Gläubiger das Odium des Prozesses auf sich nehme. Der Umstand, daß die Bürgschaftserklärung zur Sicherheitsleistung den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage enthalten müsse, führe nicht dazu, bei der Bürgschaft allgemein von der Einrede der Vorausklage abzusehen. Würde man die Einrede der Vorausklage ganz beseitigen, so würde man die Bürgschaftsverträge erschwert haben, in denen der Bürge nur die geringere Haftung zu übernehmen beabsichtigt hätte. Solche Verträge würden doch noch häufig geschlossen worden sein, wenn es auch nicht in einfacher Weise möglich gewesen wäre, es hätte denn das Gesetz den Fall der Uebernahme der Bürgschaft

unter Vorbehalt der Einrede der Vorausklage besonders normiert. Hierdurch wären aber die Vorteile der gesetzlichen, regelmäßigen Beseitigung der Rechtswohltat der Vorausklage zum großen Teile wieder verloren gegangen. [16])

Alle diese Erwägungen vermochten Unger, der eine Verstärkung der Bürgenhaftung anstrebte, von seiner Stellungnahme gegen die Einrede der Vorausklage nicht abzubringen. Als wichtigsten Grund führt er an[17]): Der Bürge wolle nicht erst dann haften, wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner vergeblich versucht worden sei, sondern schon dann, wenn die Erfüllung seitens des Hauptschuldners ausbliebe und dies der Gläubiger durch eine vergebliche Aufforderung an den Hauptschuldner festgestellt habe.

Hierauf ist mit den Motiven[18]) zu erwidern: „Der Bürge erklärt nicht allein den Willen, erst hinter dem Hauptschuldner zu haften, sondern auch den Willen, nur für den Fall einzustehen, wenn und soweit die Rechtshilfe gegen den Hauptschuldner fruchtlos versucht worden ist."

Gerade die Richtigkeit dieser Ansicht wird von Unger lebhaft bestritten, der[19]) zwar die Subsidiarität als ein der Bürgschaft „immanentes und inhärierendes Element" bezeichnet, aber aus dem Bürgschaftsversprechen nicht den Willen interpretieren will, erst nach geschehener Ausklagung des Hauptschuldners haften zu wollen. Allein die Rechtsentwickelung gibt den Motiven darin recht, daß das Volksbewußtsein von dem Gedanken beherrscht wird, der Gläubiger müsse vergeblich die Rechtsverfolgung gegen den

[16]) Motive, Bd. II, S. 668.

[17]) Unger, a. a. O., Bd. 29 S. 1 ff. und Regeniter, a. a. O., S. 56 ff.

[18]) Bd. II. S. 668.

[19]) a. a. O. S. 14 ff.

Hauptschuldner versucht haben, bevor er sich an den Bürgen halten darf. Hat doch auch dem schon im vorjustinianischen Recht bestehenden Streben, den Bürgen in seiner Haftung hinter den Hauptschuldner zu stellen, Justinian in der Novelle 4 deutlichen Ausdruck und gesetzliche Anerkennung verliehen. Auch spricht für eine vorherige Ausklagung des Hauptschuldners der Umstand, daß der Bürge durch den Prozeß von den dem Hauptschuldner etwa zustehenden Einreden in aller Regel Kenntnis erlangt. [20])

Darin jedoch ist Unger [21]) Recht zu geben, daß in gewisser Weise die Einrede der Vorausklage eine übermäßige Begünstigung des Bürgen auf Kosten des Gläubigers enthält, daß durch sie das Recht des Gläubigers beeinträchtigt wird und von der erstrebten Sicherheit ein gut Teil verloren geht. Aber eben deswegen hat das B. G. B. im übrigen die Stellung des Bürgen gegenüber dem gemeinen Recht, wie wir weiter unten sehen werden, abgeschwächt und so die dem Gläubiger nachteiligen Wirkungen der Einrede der Vorausklage stark gemildert. Der Gläubiger kann sich ja jederzeit einen Verzicht auf die Einrede der Vorausklage ausbedingen. [22]) Weit unbilliger wäre es, wollte man die strengere Haftung einem Bürgen aufbürden, der die Einrede der Vorausklage sich zu erwirken bloß aus Unkenntnis unterlassen hat. Demgegenüber ist der Einwand Ungers unbeachtlich, wenn er geltend macht, [23]) der Bürge könne sich schützen, indem er sich nur für den Ausfall, den der Gläubiger erleide, verbürge. Denn bei diesem Ratschlage übersieht Unger, daß eine derartige Gesetzeskenntnis

[20]) Philler, S. 177.

[21]) a. a. O. S. 3.

[22]) s. u. Va.

[23]) a. a. O. S. 14 Anm. 8.

bei sehr vielen nicht vorhanden ist, um zu wissen, es bedürfe einer besonderen Vereinbarung, um erst nach Ausklagung des Hauptschuldners in Anspruch genommen werden zu können. Den meisten ist nun einmal die Anschauung sozusagen angeboren, daß der Gläubiger ohne Weiteres verpflichtet sei, den Hauptschuldner vor dem Bürgen auszuklagen. Sehr richtig sagen die Motive: [24]) „Der Entwurf würde mit der Versagung der Einrede der Vorausklage eine schwerwiegende Neuerung unternehmen, obwohl und trotzdem aus dem geschilderten Stande der Gesetzgebung mit Sicherheit zu entnehmen ist, daß im Verkehre der Gedanke sich eingebürgert hat und in voller Stärke fortlebt, der Bürge sei erst dann in Anspruch zu nehmen, wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner versagt habe, und der Bürge müsse, wenn es anders sein solle, die strengere Haftung besonders übernehmen. Es wäre überaus gewagt, mit dieser den Verkehr beherrschenden Auffassung sich in Widerspruch zu setzen. Es würden daraus weit größere Nachteile entspringen, als diejenigen sind, welche sich an das geltende Recht knüpfen."

Nach alledem bezeichnet Kohler [25]) zu Unrecht die Einrede der Vorausklage als ein Mißerzeugnis des Orients, als eine schwachmütige Einrede, die dem Bürgschaftswesen viel von seiner Kraft und seiner wirtschaftlichen Bedeutung entziehe und eine Periode der wirtschaftlichen Mattigkeit entstamme. Zu Unrecht wirft Kohler den Redaktoren vor, sie hätten auch in diesem Falle ohne rechten Sinn für die Bedürfnisse des Lebens gearbeitet und die Erfahrungen der Geschichte nicht berücksichtigt. Das gerade Gegenteil dürfte zutreffen. Wir wollen froh sein, daß wir die Einrede der Vorausklage haben!

[24]) Bd. II S. 668.

[25]) a. a. O., Bd. II S. 418f.

III.

Der Begriff der Einrede[1], die Art ihrer Geltendmachung, das Wesen der Vorausklage und die Folgen im Prozeß.

Was versteht nun das B. G. B. unter einer Einrede? Es definiert diesen Begriff nicht, teilt aber die Einreden ein in solche, „welche vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigen“[2] — sog. dilatorische oder aufschiebende[3] oder verzögerliche oder verzögernde oder vorübergehende oder zeitliche Einreden — und in solche, „durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird“[4] — sog. peremtorische oder zerstörende oder zerstörliche oder dauernde oder ausschließende Einreden —. Gesetzliche Beispiele haben wir nur für die aufschiebenden Einreden in dem § 202 Abs. 2, wo auch die Einrede der Vorausklage miterwähnt ist.

Das gemeinsame Merkmal aller Einreden des B. G. B. ist nicht schwer zu finden. Der § 202 Abs. 1 spricht von einer vorübergehenden Berechtigung zur Verweigerung der Leistung. Im § 222 Abs. 1 wird dem Verpflichteten die Berechtigung gewährt, die Leistung zu verweigern. Unter den Voraussetzungen des § 519 ist der Schenker berechtigt, die Erfüllung eines schenkweise erteilten Versprechens zu verweigern. Wer aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern; so bestimmt es der § 320, und auch die folgenden §§ geben dem Verpflichteten unter besonderen Umständen die

[1] vergl. besonders Rech, S. 2ff.

[2] B. G. B. § 202.

[3] B. G. B., V. Buch, 2. Abschnitt, 5. Titel (vor § 2014).

[4] B. G. B. § 813.

Befugnis, die ihm obliegende Leistung zu verweigern. Durch die Wendungen „kann verweigern" oder „ist berechtigt zu verweigern" wird also der Rechtscharakter der Einrede im Gesetze gekennzeichnet. Da mithin nach § 771 der Bürge die Befriedigung des Gläubigers „verweigern kann", so lange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat, so folgt hieraus, daß die Einrede der Vorausklage eine dilatorische Einrede ist. Der in § 771 in Klammern beigefügte Ausdruck „Einrede der Vorausklage" ist deshalb für die wahre Rechtsnatur der Einrede der Vorausklage ohne wesentliche Bedeutung, weil das Gesetz den Ausdruck „Einrede" auch in einem weiteren Sinne gebraucht, so z. B. in § 1157 im Sinne von Einwendung, wie die Vergleichung der §§ 1153 und 404 ergibt. [5])

Wenn der Verpflichtete gegen die Klagtatsachen, das sind solche Umstände, aus welchen „bei regelmäßigem Gang der Dinge" [6]) das Klagebegehren als gerechtfertigt hervorgeht, eine Einrede erhebt — z. B. der Bürge die Einrede der Vorausklage —, so leugnet der Verpflichtete nicht die Klagetatsachen — z. B. das Eingehen eines Bürgschaftsvertrages —, er stellt damit den Klagetatsachen auch nicht andere, sog. rechtshindernde Tatsachen entgegen, die den klägerischen Anspruch gar nicht zur Entstehung kommen ließen — z. B. Geschäftsunfähigkeit eines beteiligten Kontrahenten — oder sog. rechtsaufhebende Tatsachen, die das an sich entstandene Recht später zerstört haben — z. B. Zahlung —, sondern der Verpflichtete stellt mit seiner Einrede Tatsachen entgegen, die den gegnerischen Anspruch nur hemmen.

[5]) Friedenthal, S. 38 Anmerkung 2 und Seite 41.

[6]) Cosack, § 79 Nr. II.

Diese rechtshemmenden Tatsachen zerfallen wieder in solche, die das Recht hemmen, den Anspruch aber ganz ausschließen — z. B. § 1004 — und in solche, die für den Verpflichteten das Recht begründen, die Erfüllung des Anspruchs dauernd oder bloß vorübergehend zu verweigern. Dieses Gegenrecht ist, wie wir schon gesehen haben, die Einrede des B. G. B.[7]) Die rechtshemmenden Tatsachen begründen also nur ein Gegenrecht für den Verpflichteten, sie geben ihm die nach seinem Belieben zu gebrauchende oder auch nicht zu gebrauchende Befugnis, die Leistung zu verweigern, oder nach Endemann[8]) „die rechtliche Macht, die Geltendmachung des Anspruchs auszuschließen." Ungenau ist daher die Ausdrucksweise der Motive,[9]) wenn sie bemerken, daß Einreden im materiellen Sinne solche Umstände sind, welche die Befugnis gewähren, die Befriedigung eines Anspruchs verweigern zu dürfen, obwohl der Anspruch an und für sich besteht. Denn aus dem Gesagten ergibt sich, daß „nicht jene Umstände, welche die Befugnis gewähren, sondern diese Befugnis selbst Einrede heißt".[10]) Daraus folgt weiter, daß es auch ungenau ist, von einem Einrederecht im bürgerlichen Rechte zu sprechen, weil die Einrede selbst das Recht ist.

Die Einrede ist ein Recht zur Verweigerung der Leistung. Hieran schließen sich einige Folgerungen:

Wo keine Leistung gefordert werden kann, ist ein Recht zur Verweigerung der Leistung nicht erforderlich. Daher kommt es auch in einem Feststellungsverfahren nie zu einer Ausübung der Einrede z. B. der der Vorausklage: es wird zwar ein Anspruch

7) Planck, Bd. I S. 49.
8) Bd. I, S. 514 Anm. 25.
9) Bd. II, S. 359.
10) Friedenthal, S. 62.

geltend gemacht, aber keine Leistung gefordert. Der Gegner, z. B. der Gläubiger muß das Recht besitzen, von einem Andern, z. B. dem Bürgen, die Leistung zu fordern;[11]) sonst kommt eine Einrede nicht in Betracht. Das Forderungsrecht muß endgültig begründet sein, dagegen braucht nicht die Befugnis zu seiner gegenwärtigen Ausübung zu bestehen. Vom Augenblicke der Bürgschaftseingehung an hat der Gläubiger gegen den Bürgen einen Anspruch; freilich kann er ihn in aller Regel nicht ausüben, wenn er nicht zuvor den Hauptschuldner ausgeklagt hat.

Nur wenn der Anspruch fällig ist, kann er realisiert werden. Vor Fälligkeit des Anspruchs bedarf es also der Einrede gar nicht erst, um die Durchsetzung des Anspruchs zu verhindern. Die erfolgreiche Geltendmachung des Anspruchs scheitert schon an seiner Nichtfälligkeit.

Die Einrede ist nicht mit Anspruch zu verwechseln; sie ist kein Recht, von einem Andern ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen. Sie bezweckt lediglich, den Ansprüchen anderer hemmend entgegenzutreten, die Ansprüche dadurch abzuwehren, daß sie ihnen dauernd oder vorübergehend ihre Wirksamkeit raubt.

Da prinzipiell nur Ansprüche verjähren, so ist an sich eine Verjährung der Einreden nicht möglich.[12]) Nun stehen die Einreden nur Ansprüchen gegenüber. Man könnte daher darauf hinweisen, daß im Augenblick der Verjährung des Anspruchs einfach die Einrede der Verjährung vorgeschützt werden kann, sodaß der Fortbestand jeder besonderen Einrede nicht ohne Weiteres als notwendig erscheint. Es gilt aber als

[11]) vergl. B. G. B. §§ 194, 241.

[12]) Krefft, S. 46.

wenig anständig, die Verjährung vorzuschützen. Viel lieber bedient man sich der ursprünglichen Einrede, z. B. der Einrede der Vorausklage, um sich von der gegenwärtigen Geltendmachung des Anspruchs zu befreien. Wenn also einem Anspruch gegenüber die Einrede der Verjährung möglich ist, dann kann auch jede andere Einrede noch geltend gemacht werden. Ueberdies ist in § 194 die Einrede überhaupt unerwähnt geblieben.

Regelmäßig also sind die Einreden unverjährbar.[13]) Anders im Fall der § 320 ff: mit eingetretener Verjährung des Anspruchs kann dieser auch nicht mehr als Einrede geltend gemacht werden, wenigstens stände die Replik der Verjährung entgegen.

Der Einredeberechtigte kann nie selbständig vorgehen; er kann sein Recht nur geltend machen, wenn der diesem gegenüberstehende Anspruch verfolgt wird. Sein Recht erschöpft sich eben in der Möglichkeit der Verweigerung der Leistung.[14]) Die Einrede ist unselbständig. Immer steht sie einem Rechte oder Anspruch gegenüber, mit dem sie in unlöslichem Zusammenhang steht. Wird das Recht abgetreten, so folgt ihm die Einrede: sie richtet sich nunmehr gegen den Zessionar. Fällt das Recht weg, so erübrigt sich damit auch die Einrede. Treffend charakterisiert Bekker[15]) die Einrede; er nennt sie „negatives Recht", weil „ihre Wirkung sich darauf beschränkt, die Wirkungen anderer, „positiver", Rechte zu brechen und zwar entweder nur zu hemmen oder ganz aufzuheben."

Die Einrede gehört zu den sog. Gegenrechten, die die Möglichkeit gewähren, „durch Rechtsgeschäft eine

---

[13]) A. M.: Thon, a. a. O., Bd. 1890, S. 741.

[14]) Friedenthal, S. 71.

[15]) a. a. O., Bd. I, S. 89 ff.

bestimmte Rechtswirkung herbeizuführen."[16]) Zwischen der Einrede und den übrigen Gegenrechten bestehen aber erhebliche, charakteristische Unterschiede:

1) Die Einrede berechtigt zur Verweigerung der Leistung. „Der Begriff der Einrede beginnt erst, wenn trotz Fortbestehens des Anspruchs dessen Durchführung gegen den Verpflichteten durch das Gegenrecht gehemmt wird."[17]) Durch die Ausübung der übrigen Gegenrechte wird der Anspruch vernichtet; so durch Ausübung des Rücktritts-, Widerrufs-, Kündigungs-, Aufrechnungs- und Anfechtungsrechts. Die Motive[18]) machen zwischen der Einrede und den übrigen Gegenrechten folgenden Unterschied: Die Ausübung der letzteren sei ein einseitiges, den Ausübenden bindendes Rechtsgeschäft und höben den Anspruch auf, die Einrede dagegen richte sich nur gegen die Durchsetzung des Anspruchs, nicht gegen den Bestand desselben.

2) Die Einrede kann erst vorgeschützt werden, wenn der Gegner den einredebehafteten Anspruch geltend macht. Der Einredeberechtigte selbst kann aus eigenem Antriebe nie die Einrede ins Feld führen, wenn nicht vorher die Gegenpartei durch Einfordern des Anspruchs den Anstoß dazu gibt. Ganz zwecklos wäre es, wollte man die Einrede ausüben, bevor der Anspruch geltend gemacht wird. Bei den übrigen Gegenrechten dagegen ist eine selbständige Geltendmachung des Anspruchs möglich.

3) Im allgemeinen haben die Gegenrechte auf das ihnen gegenüberstehende Recht nur dann einen Einfluß, wenn von ihnen Gebrauch gemacht wird.

[16]) Zitelmann, S. 23.
[17]) Crome, Bd. I, S. 183.
[18]) Bd. I, S. 360.

Sie sind außerhalb ihrer Ausübung ohne Bedeutung. Anders liegt dies bei der Einrede. Sie hat rechtliche Wirkungen durch ihre bloße Existenz. Es gibt eine ganze Menge von Wirkungen der Einrede bereits vor ihrer Geltendmachung. Beispiele belehren:

a) § 390 bestimmt, daß im allgemeinen eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden kann. Daher kann der Gläubiger mit seiner Forderung aus dem Bürgschaftsverhältnisse niemals eine Forderung, die der Bürge gegen ihn hatte — trotz der darin liegenden Bequemlichkeit und Einfachheit — aufrechnen, falls dem Bürgen die Einrede der Vorausklage zusteht. Ohne die Bestimmung des § 390 würde im Falle der Aufrechnung die Einrede z. B. die Vorausklage zu keiner Bedeutung gelangen, da mit der Aufrechnungserklärung die Forderung ja schon getilgt ist, der Einredeberechtigte also zu einer Ausübung seines Rechtes gar keine Gelegenheit bekäme.

b) Nach § 202 ist die Verjährung gehemmt, solange der Verpflichtete vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist. Hiernach könnte die Verjährung der Bürgschaftsschuld erst nach Wegfall der Einrede der Vorausklage beginnen, wenn nicht Absatz 2 des § 202 ausdrücklich bestimmte, daß durch die Einrede der Vorausklage die Verjährung der Bürgschaftsschuld nicht gehemmt werden solle.

c) § 813 bezieht sich nur auf die dauernden Einreden. Da zu diesen die Einrede der Vorausklage in aller Regel nicht gehört, so kann der Bürge das zum Zwecke der Erfüllung der Bürgschaftsschuld Geleistete nicht zurückfordern, wenn ihm die dilatorische Einrede der Vorausklage zustand. Anders wenn die

Einrede der Vorausklage ausnahmsweise peremtorischen Charakter angenommen hat.[19])

b) Steht dem Bürgen, dessen Grundstück oder dessen Recht von einer Vormerkung betroffen wird, die Einrede der Vorausklage so zu, daß durch sie Geltendmachung des durch die Vermerkung gesicherten Gläubigeranspruchs dauernd ausgeschlossen wird,[19]) so kann der Bürge von dem Gläubiger die Beseitigung der Vormerkung nach § 886 verlangen. Entsprechendes gilt in den Fällen der §§ 1169 und 1254.

Ein spezielleres Beweis dafür, daß der Gesetzgeber die Einrede der Vorausklage als wahre Einrede auffaßt, besteht darin, daß das B. G. B. die Begriffsbestimmung der Bürgschaft nach dem Entwurf I nicht beibehalten hat. Entwurf I definiert: „Durch den Bürgschaftsvertrag wird der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten verpflichtet, die Verbindlichkeit des Letzteren zu erfüllen, wenn die anderweitige Erfüllung derselben unterbleibt." B. G. B. § 765 bestimmt nur: „Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehn." Hiernach ist also das subsidiäre Moment aus der Begriffsbestimmung ausgeschaltet worden. Daher haben die Motive Unrecht, wenn sie behaupten, daß sich die Notwendigkeit der vorherigen Ausklagung des Hauptschuldners aus dem Begriffe der Bürgschaft ergäbe.

Als Leistungsverweigerungsrecht setzt die Ausübung der Einrede die Geltendmachung des Anspruchs voraus. Wie die Leistung gefordert wird, wie der Anspruch erhoben wird, ist gleichgültig. So auch bei der Einrede. Anspruch wie Einrede können gerichtlich

[19]) vergl. unten unter IV a. E.

und außergerichtlich geltend gemacht werden. Freilich ist es in der Literatur sehr streitig, ob die Erhebung der Einrede eine Prozeßhandlung ist oder auch außerhalb des Prozesses möglich ist. So sagen Leonhard:[20] „Die Einrede wirkt erst nach Geltendmachung im Prozeß" und Endemann:[21] „Die Einrede kann ausschließlich im Prozeß zur Anwendung kommen."[22] Auch nach den Motiven[23] besteht darin ein Unterschied der Einrede gegenüber den übrigen Gegenrechten, daß sie nur gerichtlich geltend gemacht werden könne. Dieser Ansicht bekämpft schon Hellwig:[24] „Das Gesetz enthält keine Vorschrift, welche die außergerichtliche Leistungsverweigerung weniger wirksam erscheinen ließe als die gerichtliche. Wenn trotzdem behauptet wird, daß letztere die einzig privatrechtlich wirksame Form der Geltendmachung der Einrede sei, so kann die Erklärung nur darin gefunden werden, daß man sich von der hergebrachten Auffassung über die Geltendmachung der exceptio nicht befreien kann." Derselben Meinung ist Crome:[25] „So wenig der Anspruch das Dasein eines Prozesses voraussetzt, so wenig tut es die Einrede. Beide haben wesentlich potentionelle Bedeutung: Ist der Anspruch die Befugnis, aus gewissen Gründen eine Leistung fordern zu dürfen, so ist die Einrede die Befugnis, die geforderte Leistung aus bestimmten anderen Gründen zu verweigern. Dies wirkt innerhalb wie außerhalb des Prozesses; es ist eine materiellrechtliche Befugnis."

---

[20] S. 165, § 44.
[21] S. 515, § 88 Ziff. 2 litt. b.
[22] Ebenso Friedenthal, S. 66.
[23] Bd. I S. 360.
[24] Anspruch und Klagrecht, S. 10 f.
[25] Bd. I S. 184.

Dieser Ansicht dürfte wohl zuzustimmen sein. Da aber der Gläubiger kein Interesse daran hat, daß der Bürge sich der Einrede der Vorausklage bediene, so wird eine einfache Anzeige, eben nur damit dem Bürgen Gelegenheit zur Ausübung seines Rechtes gegeben wird, zu den Seltenheiten gehören. In der Regel wird gegen den Bürgen Klage erhoben werden. Wenn hiernach zweifellos die Einrede ihre hauptsächlichste Bedeutung im Prozeß hat, so muß doch der Begriff auch außerhalb des Prozeß eine durchaus selbständige Natur haben. Die Einrede ist also nicht auf die Prozesse zugeschnitten, erhält jedoch durch den Prozeß zwar keinen besonderen Inhalt, aber im Prozeß ihre volle Bedeutung.

Auf eine Einrede braucht der Gläubiger, wenn er seinen Einspruch gegen den Einredeberechtigten geltend macht, keine Rücksicht zu nehmen. Es bedarf also insbesondere bei einer Bürgschaftsklage in der Klagschrift nicht der Erwähnung, daß für den Kläger die Vorausklagung des Hauptschuldners erfolgt sei oder sich erübrigt habe. Der Gläubiger braucht also das Moment der Subsidiarität nicht in den Prozeß hineinzutragen; die erfolglose Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner, bez. ihre Erübrigung gehört nicht zur Substantiierung der Klage gegen den Bürgen. Der Gläubiger hat seinen Anspruch gegen den Bürgen genügend begründet, wenn er den Abschluß des Bürgschaftsvertrages und den Bestand der zu Grunde liegenden Hauptverbindlichkeit dartut. Nicht darzutun braucht er, daß seinem Anspruch ein Leistungsverweigerungsrecht, z. B. die Einrede der Vorausklage nicht entgegenstehe. Wenn der Bürge im Falle einer Klage sich nicht auf das ihm nach § 771 zustehende Leistungsverweigerungsrecht im Wege der

Einrede beruft oder im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint oder daselbst unzulässigerweise nicht zur Hauptsache verhandelt, so erfolgt seine Verurteilung und zwar in den beiden letzten Fällen durch Versäumnisurteil, im übrigen, wenn der Bürge sonst streitig zur Hauptsache verhandelte, bei Begründetsein der Klage durch ein streitiges Urteil. Es reicht für den Klageweg nicht aus, daß der Bürge, auch wenn es der Gläubiger erwähnt, nur außergerichtlich die Einrede der Vorausklage vorgeschützt hat: er muß sie auch vor Gericht geltend machen und so zeigen, daß er von seinem Leistungsverweigerungsrecht noch Gebrauch machen will. Wenn der Bürge dagegen die Einrede der Vorausklage zulässiger Weise vorschützt, so wird der Gläubiger mit seiner Klage als zur Zeit unbegründet abgewiesen. Dasselbe tritt ein, wenn der Bürge die Einrede der Vorausklage zwar unzulässigerweise geltend macht, der Gläubiger sich aber nicht hierauf erklärt. Dann gilt nach § 138 Absatz 3 Z. P. O. das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen als zugestanden.

Ganz anders verhielte sich die Sache, wenn die Einrede der Vorausklage keine technische Einrede des B. G. B., sondern Begriffsmerkmal der Bürgschaft und damit Prozeßvoraussetzung, also eine Einwendung im engeren Sinne wäre; so im Preußischen Allgemeinen Landrecht.[26]) Dann müßte der Gläubiger seine Klage gegen den Bürgen mit der Behauptung unterstützen, er habe den Hauptschuldner bereits ausgeklagt oder sei zur Vorausklage nicht verpflichtet.[27]) Hätte der Gläubiger diesen Umstand in seiner Klagebegründung zu erwähnen versäumt, so müßte der Gläubiger vom Richter von Amtswegen

[26]) Koch, II. Teil, Bd. II, S. 308 Anm. 10.

[27]) Landé, Anm. 2 zu § 771.

zufolge mangelnder Klagesubstantiierung zurückgewiesen werden, auch ohne daß der Bürge den Mangel der vorherigen Ausklagung geltend machte; nie könnte gegen den Bürgen ein Versäumnisurteil ergehen.

Der Bürge, der dem Gläubiger die Einrede der Vorausklage entgegensetzt, stellt damit nicht seine Verbindlichkeit in Abrede, er behauptet nur, daß er seine Schuld noch nicht zu erfüllen brauche, weil der Gläubiger die Vorausklagung des Hauptschuldners noch nicht vorgenommen habe. Vom Richter begehrt er also nicht, daß der Gläubiger mit dem erhobenen Anspruch als nicht berechtigt gänzlich abgewiesen werde; er fordert nur, daß der Gläubiger vorläufig an den Hauptschuldner verwiesen werde, um zunächst diesen auszuklagen. Der zuerst gegen den Bürgen klagende Gläubiger wird daher auf die zulässigerweise erhobene Einrede der Vorausklage mit dem Anspruch als zur Zeit unbegründet abgewiesen. Dieses Urteil hat nur Wirkung für den Zeitpunkt seines Erlasses, nimmt aber nicht die Möglichkeit zu späterer Wiederholung der Klage. Dem die Klage gegen den Bürgen erneuenden Gläubiger kann die exceptio rei judicatae nur dann mit Erfolg entgegengesetzt werden, wenn dieselben Umstände obwalten wie zur Zeit des Erlasses des ersten Urteils; so z. B. wenn der Gläubiger die Vorausklage gegen den Hauptschuldner immer noch nicht vorgenommen hat oder wenn er auch in der späteren Klage die Vorausklage zu Unrecht als durch dieselben Verhältnisse für erübrigt hinstellt, über die der Richter schon in dem früheren Urteil entschieden hat, daß aus ihnen die behauptete Befreiung von der Verpflichtung zur Vorausklage sich nicht ergab. Die Urteile beanspruchen

Geltung nur für die Dauer der ihnen zu Grunde liegenden Umstände, die in den von der Rechtskraftwirkung mitumfaßten Urteilsgründen aufgenommen sind: „Rechtskräftig wird die Entscheidung, wie sie sich aus der Vergleichung des Tenors mit den Gründen als lebendigen Inhalts des ersteren ergibt.“ [28]) Wenn hiernach der Gläubiger mit seiner Klage gegen den Bürgen auf die Einrede der Vorausklage hin als zur Zeit unbegründet abgewiesen worden ist, dann den Hauptschuldner ohne Erfolg ausklagt und nunmehr, nach erledigter Ausklagung des Hauptschuldners, wiederum den Bürgen angreift, so kann ihm nicht die exceptio rei judicatae mit Erfolg entgegengesetzt werden. Eine genügende Handhabe gegen unnützes Prozessieren bietet im heutigen Recht die Bestimmung, daß die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat. [29])

Während nach französischem Recht die Einrede der Vorausklage sofort bei Beginn des Prozesses geltend gemacht werden muß, hat das B. G. B. keine derartige zeitliche Beschränkung der Einrede der Vorausklage. Demnach kann die Einrede der Vorausklage in jeder Lage des Verfahrens vorgebracht werden, solange noch auf die tatsächlichen Grundlagen eingegangen werden kann, d. h. bis zum Ende der Schlußverhandlung in der Berufungsinstanz. Wird die Einrede der Vorausklage bis zu diesem Zeitpunkte zulässigerweise vorgebracht, so muß Abweisung des Klägers erfolgen, auch dann wenn der Bürge schuldhafterweise die Einrede zu spät erhoben hat; letzterenfalls treffen ihn nur die Prozeßkosten ganz oder teilweise. [30])

[28]) Crome, Bd. I, S. 574.

[29]) Z. P. O. § 91.

[30]) Z. P. O. § 278 Abs. 2. Hierbei mag gleich mit erwähnt werden, daß jede Einrede des B. G. B., also auch die der Vorausklage, auch zu den Einreden der Z. P. O. gehören, von diesen mit umfaßt werden. Der Begriff der Einrede ist in der Z. P. O. weiter als im B. G. B., daher finden die Bestimmungen der Z. P. O. für Einreden im allgemeinen auch auf die Einrede der Vorausklage Anwendung.

Nunmehr ist noch das Wesen der Vorausklage zu erörtern. Die Motive[31]) bemerken, daß nach dem Entwurf die Ausklagung — ein anderer Ausdruck für Vorausklage — der ohne Erfolg versuchte Zwang zur Erfüllung sei. Eine Verurteilung des Hauptschuldners ist nicht erforderlich und braucht bei dem Vorhandensein eines anderen vollstreckbaren Titels, wie sie die Zivilprozeßordnung[32]) gewährt, gar nicht zu erfolgen. Und sollte auch der Gläubiger auf keinem anderen Wege als dem der Klage zu einem vollstreckbaren Titel gelangen können, so ist doch nicht nötig, daß er diese Klage erst nach Eingehung der Bürgschaft erhob. Er kann sich vielmehr eines Urteils bedienen, das er sich bereits vorher erwirkt hat. Nur muß die Zwangsvollstreckung immer wegen der verbürgten erfolgt sein, falls nicht die Voraussetzungen des § 773 Ziff. 4 vorliegen und jede Vorausklage erübrigen.

Unter Zwangsvollstreckung wird man jeden beliebigen, an sich korrekten, aber erfolglos gebliebenen Versuch der Zwangsvollstreckung zu verstehen haben; er muß nur so ernstlich gemeint sein, daß die Berufung des Gläubigers darauf nicht gegen Treu und Glauben im Sinne des § 242 B. G. B. verstößt.[33]) Um eine sichere Grundlage für die mannigfaltigen Arten der möglichen Zwangsvollstreckungen zu schaffen, hat der Gesetzgeber durch besondere Vorschriften einen zuverlässigen Halt dafür geboten, unter welchen Voraussetzungen die Pflicht zur Vorausklage als erfüllt anzusehen sei.[34]) Handelt es sich um einen

[31]) Bd. II S. 669.

[32]) § 794 Z. P. O., aber auch § 164 Abs. 2 K. O. gibt einen solchen Titel.

[33]) Dertmann, Anm. zu § 771.

[34]) Vergl. unten unter V b.

andern Anspruch als um eine Geldforderung, so ist erforderlich und genügend, um den Bürgen anzugreifen, daß eine nach der Z. P. O. zulässige, auf Erfüllung der Verpflichtung des Hauptschuldners gerichtete Zwangsvollstreckung ohne Erfolg stattgefunden hat.[35]) Ein erfolgloser Versuch ist ausreichend. Nun wird die Bürgschaft meist für eine Geldforderung übernommen und gerade für diesen Fall gibt das B. G. B. im § 772 beschränkende Bestimmungen in Bezug auf die vorherige erfolglose Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner.[36]) Denn es heißt im § 772 Abs. 1: „Besteht die Bürgschaft für eine Geldforderung, so muß die Zwangsvollstreckung in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners an seinem Wohnsitz und, wenn der Hauptschuldner an einem andern Orte eine gewerbliche Niederlassung hat, auch an diesem Orte, in Ermangelung eines Wohnsitzes und einer gewerblichen Niederlassung an seinem Aufenthaltsorte versucht werden." Damit sind — immer die Bürgschaft für Geldforderungen vorausgesetzt — das unbewegliche Vermögen[37]) und die nicht in beweglichen Sachen bestehenden Vermögensrechte, z. B. alle Forderungen,[38]) grundsätzlich ausgeschlossen. Die Einrede der Vorausklage ist ferner bei der Bürgschaft für eine Geldforderung nicht begründet, wenn der Hauptschuldner zwar bewegliche Sachen besitzt, aber diese sich anderswo als an seinem Wohnsitze, dem Ort seiner gewerblichen Niederlassung oder an seinem Aufenthaltsorte befinden. Hinwiederum muß die Zwangsvollstreckung gemäß § 772

---

35) Regeniter, S. 68 ff., und v. Steudinger, Bem. 1 zu § 772.

36) v. Steudinger, Bem. 2 zu § 771, und Z. P. O. §§ 803 ff.

37) Zw. V. G. §§ 1 ff.

38) Z. P. O. §§ 828 ff.

auch dann erfolgen, wenn sich der Wohnsitz, der Ort der gewerblichen Niederlassung oder der des Aufenthaltes des Hauptschuldners bei Abschluß des Bürgschaftsvertrages im Auslande befand und weder die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner in Folge einer nach der Bürgschaftsübernahme eingetretenen Aenderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsortes des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist[39]) noch anzunehmen ist, die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird.[40]) Das ist für den Gläubiger nicht ohne Bedenken, weil Zwangsvollstreckungen im Auslande bisweilen mit einigen Schwierigkeiten und Geldunkosten verknüpft sein können.

Zur Begründung dafür, warum nur das bewegliche Vermögen des Hauptschuldners Objekt der Zwangsvollstreckung sein soll, führen die Motive[41]) an: „Es kann dem Gläubiger ohne wesentliche Verkümmerung seiner aus der Bürgschaft sich ergebenden Rechte nicht zugemutet werden, die meist mit erheblichen Zeit- und Kostenaufwand verbundene, mitunter auch nur geringen Erfolg versprechende Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen durchzuführen oder die Aktiva und sonstigen Vermögensrechte des Hauptschuldners in Angriff zu nehmen und in die damit verknüpften Weiterungen sich zu ergeben." Darin liegt eine zu große Begünstigung des Gläubigers und eine zu starke Beeinträchtigung des Bürgen. Unleugbar ist die Härte, wenn Hauptschuldner und Bürge beide nur unbewegliches Vermögen besitzen, ein Fall, der bei der modernen Bauspekulation nicht selten ist. Dann kann der Gläubiger

[39]) B. G. B. § 773 Ziffer 2 und unten unter Vb 2.

[40]) B. G. B. § 773 Ziff. 4 und unten unter Vb 4.

[41]) Bd. II S. 669 f.

den Bürgen auch vor dem Hauptschuldner belangen, obwohl vielleicht die Zwangsvollstreckung gegen den Bürgen sich nicht so einfach gestaltet wie die gegen den Hauptschuldner. „Eine unbillige, aber unabweisbare Konsequenz,“ [42]) die gezogen werden muß, da eine anderslautende Regelung im Gesetze fehlt.

Unter „Sachen“ versteht das B. G. B. [43]) nur körperliche Gegenstände. Aus dem Sachinbegriff scheiden hiernach die unkörperlichen Gegenstände, die res incorporales, und die Rechte, wie sie insbesondere das römische Recht kannte, aus. Daher ist der Gläubiger nicht verpflichtet, Forderungen des Hauptschuldners zu pfänden, obwohl sie nach der Titelüberschrift vor Z. P. O. § 803 zum beweglichen Vermögen gerechnet werden. Was unter beweglichen Sachen nach B. G. B. zu verstehen ist, dafür ist allein das B. G. B. maßgebend.

Den Wohnsitz [44]) begründet man an dem Orte, wo man sich ständig niederläßt. Der Wohnsitz kann gleichzeitig an mehreren Orten bestehen. [45]) Dann bedarf es der Zwangsvollstreckung an den mehreren Wohnsitzen; so auch — aber ohne Angabe eines Grundes — Fischer-Henle. Anderer Ansicht sind Lichtlen [46]) und Regeniter, [47]) weil nach dem Wortlaute des Gesetzes und der Absicht des Gesetzgebers eine an einem der Wohnsitze vorgenommene Vollstreckung als ausreichend zu erachten sei; nur müsse der Gläubiger den Wohnsitz wählen, der als Hauptwohnsitz, als der Mittelpunkt der wirtschaftlichen Tätigkeit des Hauptschuldners bezeichnet werden könne.

42) Herms, S. 35.
43) § 90.
44) B. G. B. §§ 7—11.
45) B. G. B. § 7 Abs. 2.
46) a. a. O. Bd. 31 S. 160 f.
47) S. 70.

Dieser Ansicht gegenüber ist zu bemerken, daß die Wahl des sog. Hauptwohnsitzes bisweilen sehr schwierig ist. Auch spricht zwar das B. G. B. im § 772 Abs. I von der Zwangsvollstreckung in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners „an seinem Wohnsitz", aber daraus ist im Gegensatz zu Regeniter per Analogie zu folgern, daß zwar der Gesetzgeber bei Erlaß der Bestimmung des § 772 nur an den Regelfall gedacht hat, man habe für gewöhnlich nur einen Wohnsitz, daß aber bei mehreren Wohnsitzen die Vollstreckung mehrmals versucht werden müsse. Der Gläubiger soll aber überall dort, wo der Schuldner annehmbar bewegliches Vermögen besitzt, also an sämtlichen Wohnsitzen, vollstrecken. Da der Schuldner ferner am Orte seiner gewerblichen Niederlassung mutmaßlich bewegliches Vermögen besitzt, so soll nach derselben ratio legis und nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes „auch" an diesem Ort der gewerblichen Niederlassung der Gläubiger seine Befriedigung versuchen. Es bedarf also einer mindestens zwiefachen Vollstreckung. Durch den Wortlaut des Gesetzes wird also die Ansicht Lichtlens und Regeniters nicht gestützt, durch die Absicht des Gesetzgebers wird sie sogar widerlegt. Das Vorhandensein beweglicher Sachen an einem andern Orte als dem in § 772 angegebenen gewährt dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht; so auch Fischer-Henle.[48])

Durch jene erfolglosen Ausklagungsversuche wird die Erfolglosigkeit dem Bürgen gegenüber endgültig festgestellt. Das B. G. B. bestimmt jedoch im § 772 Abs. 2 Satz 1 — zwar theoretisch kaum zu rechtfertigen, aber vom praktischen Standpunkt aus durchweg zu billigen —, daß der Gläubiger, wenn ihm ein Pfandrecht oder ein Zurückhaltungsrecht an einer

[48]) zu § 772 Anm. 5a. E.

beweglichen Sache[49] des Hauptschuldners zusteht, auch aus dieser Sache Befriedigung suchen muß. Der Bürge hat daher die Möglichkeit, sich dadurch etwas zu sichern, daß er den Hauptschuldner veranlaßt, dem Gläubiger ein Pfandrecht an einer dem Hauptschuldner gehörigen Sache zu bestellen. Der Gläubiger hat unter allen Umständen den Befriedigungsversuch zu machen, gleichviel an welchem Orte sich die Sache befindet. Dazu gehört auch der Fall, wo auf Betreiben des Gläubigers an einem anderen Orte als dem Wohnsitze des Hauptschuldners Sachen von diesem gepfändet worden sind. Der Gläubiger muß zunächst aus den zum Pfande haftenden Sachen sich zu befriedigen versuchen, aus welchem er dazu bei der Pfändung verbunden ist, die er im Wege der Zwangsvollstreckung am Wohnsitze des Hauptschuldners vorgenommen hat. Es macht keinen Unterschied, ob das Pfand- und das Zurückbehaltungsrecht vor oder nach der Uebernahme der Bürgschaft entstanden ist, ebensowenig, ob das Pfandrecht ein gesetzliches,[50] ein durch Rechtsgeschäft bestelltes[51] oder ein durch Pfändung entstandenes[52] Pfandrecht ist. Insofern gilt noch heute der Satz, daß der Bürge erst hinter den Pfändern kommt.[53] Je nach der Art

[49] Als Pfandrecht an beweglichen Sachen gilt auch das Pfandrecht an indossablen und Inhaberpapieren. B. G. B. §§ 1292 f. und v. Steudinger, Bem. 2a. E. zu § 772.

[50] Gesetzliche Pfandrechte nach B. G. B.: §§ 559—563, 580, 581 II, 585, 590, 647, 704, 1000 f, 233; gesetzliche Pfandrechte nach dem Handels-, See- und Binnenschiffahrtsrechte sind im H. G. B.: §§ 397, 410 f, 421, 440—443, 623, 627, 674, 725, 739 III, 777, 751, 755 f, 858, 771 ff, im Binnenschiffahrtsgesetz vom 15. 6. 1895 in der Fassung vom 20. 5. 1898: §§ 26, 89, 97, 103, 104 ff, 112, in der Strandungsordnung vom 17. 5. 1874 und 30. 12. 1901: §§ 20, 21, im Flößereigesetz vom 15. 6. 1895: §§ 28, 29. Vgl. Jäger, a. a. O. Anm. II zu § 43.

[51] B. G. B. §§ 1204 ff.

[52] Z. P. O. § 804.

[53] Crome, Bd. II, S. 882, Anm. 69.

des Pfandrechts ist die Befriedigung nach Maßgabe der §§ 1228 ff B. G. B. oder §§ 814 ff Z. P. O. zu suchen. Vom Zurückhaltungsrecht handeln die §§ 272 B. G. B., 369 ff H. G. B. und 8 des Depotgesetzes vom 5. 7. 1896. Handelt es sich um ein kaufmännisches Zurückhaltungsrecht, so muß der Befriedigungsversuch des Gläubigers nach §§ 371 ff H. G. B. erfolgen; beim gewöhnlichen Zurückhaltungsrecht hat der Gläubiger erst einen vollstreckbaren Titel zu erwirken, auf Grund dessen er dann die Zwangsvollstreckung durchzuführen vermag.[54]) Steht dem Gläubiger ein Pfand- oder ein Zurückhaltungsrecht an einer Sache des Hauptschuldners auch für eine andere Forderung zu, so muß er aus der Sache seine Befriedigung nur dann zu erlangen versuchen, wenn beide Forderungen durch den Wert der Sache gedeckt werden.[55]) Diese Bestimmung kann man bei ihrem klaren Wortlaute nicht extensiv dahin auslegen, daß der Gläubiger aus der Pfändungssache sich in Höhe des Ueberschusses für die verbürgte Forderung bezahlt machen muß, der nach Befriedigung der andern Forderung verbleibt.[56]) Als Wert der Sache wird der durch die Zwangsversteigerung zu erwartende Erlös zu gelten haben.

Im gemeinen und namentlich im preußischen Rechte[57]) war der Gläubiger schlechter gestellt. Das preußische Allgemeine Landrecht[57] stellt genaue Regeln darüber auf, wann das Unvermögen des Hauptschuldners als festgestellt zu erachten sei. Dabei muß der Gläubiger in das gesamte Vermögen, also nicht nur in die Mobilien, sondern auch in die Immobilien

[54]) Planck, Bem. 2 zu § 772.

[55]) § 772 Abs. 2 Satz 2 B. G. B.

[56]) So fälschlich Regeniter, S. 72, § 10 a. E.

[57]) §§ 284—296.

und Forderungen des Hauptschuldners vollstrecken, auch muß er jedes Pfandrecht verwirklichen, selbst wenn das Pfandstück dem Hauptschuldner nicht gehört.

IV.

Die allgemeine Diligenzpflicht des Gläubigers und ihr Einfluß auf die Einrede der Vorausklage.

Der Bürger kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat.[1]) Diese Bestimmung betrifft also das Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen und gibt diesem ein Recht zur Verweigerung der Leistung, „solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat." Durch die Einrede der Vorausklage wird also ein bedingungsähnliches Element in die Bürgschaft hineingetragen; der Gläubiger, der von Eingehung der Bürgschaft an gegen den Bürgen einen Anspruch hat, kann diesen erst geltend machen, wenn der bedingungsähnliche Umstand der erfolglosen Vorausklagung des Hauptschuldners eingetreten ist. Ist dies der Fall, so kann sich der Gläubiger gegen den Bürgen wenden. Nun liegt auf der Hand, daß es dem Gläubiger ein Leichtes ist, durch positives Tun oder bloßes Unterlassen mit seinem Rechte gegen den Hauptschuldner so umzugehn, daß er eine Ausklagung desselben nicht mehr vorzunehmen braucht, oder die Ausklagung so zu betreiben, daß jeder Erfolg vereitelt wird. Der Gläubiger kann also die erfolglose

[1]) § 771 B. G. B.

Ausklagung des Hauptschuldners oder ihre Erschwerung wider Treu und Glauben herbeiführen und so den bedingungsähnlichen Zustand schaffen, dessen Eintritt ihn zur Klage gegen den Bürgen berechtigt, ihm also zum Vorteil gereicht. In analoger Anwendung des § 162 Abs. 2 B. G. B. kann dann der Bürge den Eintritt des die Klage gegen ihn gleichsam bedingenden Zustandes als nicht erfolgt ansehn, d. h. er kann nach wie vor den Vorteil seiner subsidiären Haftung, die Einrede der Vorausklage, geltend machen. Bei dieser Argumentation ist eine allgemeine Diligenzpflicht des Gläubigers nicht zu leugnen. Die herrschende Lehre dagegen erkennt eine Diligenzpflicht nur in den Grenzen des § 776 B. G. B. an. So sagt von Staudinger:[2]) „Der Gläubiger haftet nicht für die sog. culpa in exigendo. Der Bürge ist insbesondere nicht berechtigt, vom Gläubiger die Belangung des Hauptschuldners bei Vermeidung gewisser Nachteile zu verlangen." Ferner äußert sich Planck[3]) dahin, daß eine allgemeine Pflicht des Gläubigers, die Interessen des Bürgen zu berücksichtigen und für die Beitreibung der geschuldeten Leistung Sorge zu tragen, wie aus § 776, so auch nicht aus den sonstigen Gesetzesbestimmungen sich herleiten lasse. Dernburg[4]) verwirft zwar auch eine allgemeine Diligenzpflicht des Gläubigers, macht aber zu ihren Gunsten mehrfache Ausnahmen: Der Bürge soll befreit sein, wenn der Gläubiger, um ihn zu schädigen, die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner unterlassen hat.[5])

---

[2]) Anm. 2 und 3 zu § 776.

[3]) Anm. 1 zu § 776.

[4]) Bürgerl. Recht S. 359/360

[5]) vergl. auch Neumann, Anm. a zu § 776; Jakubezky, S. 150 ff.; Oertmann, Bem. 2 und 3 zu § 776; Landé, Anm. 1 zu § 776; R. G. E. Bd. 65 S. 134 ff. u. a. m.

Die meisten Schriftsteller verweisen den Bürgen für den Fall der Nachlässigkeit des Gläubigers auf 3 Schutzmittel:

1) Der Bürge kann im Falle des § 775 Befreiung vom Hauptschuldner verlangen.

2) Er kann den Gläubiger befriedigen und sich dann mittels der kraft Gesetzes[6]) auf ihn übergegangenen Gläubigerforderung an dem Hauptschuldner schadlos halten

3) Er hat schließlich dem Gläubiger gegenüber den Schutz aus § 826.

Indessen ist der Schutz dieser 3 Hilfsmittel nur von geringer Bedeutung.[7]) Denn

zu 1) § 775 deckt nicht alle Fälle, weil er den Auftrag des Hauptschuldners zur Verbürgung voraussetzt,

zu 2) Nur für den Fall, daß der Gläubiger vom Hauptschuldner keine Befriedigung erlangen kann, hat sich der Bürge verpflichtet. Daher ist es eine unbillige Härte, wenn der Bürge den Gläubiger, der nicht den geringsten Versuch gemacht hat, zu seiner Befriedigung beim Hauptschuldner zu gelangen, ohne jede Verpflichtung vorzeitig befriedigen und ihm so die Mühe der Beitreibung abnehmen soll, um seinerseits eine Schadloshaltung an dem Hauptschuldner zu versuchen,

zu 3) § 826 setzt ein vorsätzliches Handeln auf Seiten des Gläubigers bei Vereitelung oder Verkümmerung seines Klaganspruchs voraus.

Einen weiteren Schutz will die herrschende Meinung dem Bürgen gegen eine allzu große Sorglosigkeit des Gläubigers nicht geben.[8]) Die Motive behaupten, aus der Rechtsnatur der Vorausklage sei

---

[6]) § 774 B. G. B.

[7]) Dernburg, Bürgerl. Recht, S. 359 f.: „magere Auskunftsmittel".

[8]) vergl. Pulvermann, S. 37 f.

nur zu entnehmen, daß der Gläubiger seinen Anspruch im Klagewege vom Hauptschuldner geltend machen müsse. Sei diese Voraussetzung erfüllt, so könne er sich an den Bürgen halten, gleichgültig ob der Grund, weshalb er vom Hauptschuldner keine Befriedigung erlangen konnte, in seinem eignen nachlässigen Handeln liege oder nicht.[9])

Das B. G. B. selbst bestimmt weder, daß dem Gläubiger eine allgemeine Diligenzpflicht obliege, noch aber auch, daß es ihm verstattet sei, jede Sorgfalt außerachtzulassen. Sonach fehlt es an besonderen positiven Vorschriften über den Umfang, in welchem die Nachlässigkeit des Gläubigers den Bürgen befreit, bez. in welchem die Diligenz des Gläubigers die Befreiung des Bürgen von seiner Verpflichtung verhindert. Nur § 776 B. G. B. bestimmt: „Gibt der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen auf, so wird der Bürge insoweit frei, als er aus dem aufgegebenen Rechte nach § 774 hätte Ersatz erlangen können. Dies gilt auch dann, wenn das aufgegebene Recht erst nach der Uebernahme der Bürgschaft entstanden ist. § 776 ist nach der herrschenden Lage nicht per analogiam ausdehnbar.

Trotz der Motive und trotz der herrschenden Meinung glaubt der Verfasser eine andere Ansicht vertreten zu müssen und ausreichend begründen zu können. Die Motive sind kein Gesetz, sondern nur Vorarbeiten dazu. Sie können darum ernstlich niemals ausschlaggebend sein, wenn eine gegenteilige Meinung in Frage kommt. Nicht was der Gesetzgeber

[9]) Regeniter, S. 81 ff.

hat bestimmen wollen, sondern was das Gesetz bestimmt hat, ist entscheidend.

Zunächst[10]) kann nicht zugegeben werden, daß Wesen und juristischer Begriff der Bürgschaft eine Abhängigkeit der Rechte des Gläubigers gegen den Bürgen von seinem Verhalten verbieten. Die Bürgschaft des heutigen Rechts weicht in ihrem Begriffsinhalte von dem der neueren Kodifikationen, z. B. der des preußischen Rechts, nicht ab. Und gerade für das preußische Recht hat das Reichsgericht[11]) eine Abhängigkeit des Gläubigerrechts gegen den Bürgen von dem unterlassenen aktiven Vorgehen des Gläubigers gegen den Hauptschuldner als vorhanden angenommen. Auch wird der eigentliche Zweck und damit der Wert der Bürgschaft nicht dadurch berührt, daß man dem Gläubiger zumutet, er solle bei der Entstehung und Beitreibung der Hauptschuld die Augen offen halten. Hier galt eben der Grundsatz: Jus vigilantibus scriptum est. Wenn man dem Gläubiger auch eine allgemeine Diligenzpflicht aufbürdet, den Wert der Bürgschaft drückt man damit nicht herab. Auch das an letzter Stelle erwähnte Bedenken der Motive, eine bestimmte Abgrenzung der Diligenzpflicht sei nicht möglich, ist nicht stichhaltig. Wie bei anderen bonae fidei-Verträgen, z. B. bei Kauf und Miete, so wird auch bei der Bürgschaft der Begriff der levis culpa in jeder Beziehung ausreichend festzusetzen sein.

Es fehlt im B. G. B. an einer Vorschrift dahingehend, daß die Ausübung eines Rechtes nur nach dem Grundsatze von Treu und Glauben erfolgen

---

[10]) vergl. bes. Seyfferth, Abschnitt III.

[11]) R. G. E. Bd. 8 S. 261, 290.

darf, weil das ganze Gesetzbuch auf diesem Grundsatze fußt. Nur allgemein heißt es im § 157: „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern," und im § 242: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern." Hiernach kann nicht geleugnet werden, daß auch das ganze Bürgschaftsverhältnis unter dem Einflusse von Treu und Glauben steht: Das Band der bona fides umschlingt auch den Gläubiger und den Bürgen. Manche wollen den § 242 deshalb nicht auf das Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen angewendet wissen, weil der Bürgschaftsvertrag nicht ein substanziell gegenseitiger sei: substantiell sei der Gläubiger und nur der Gläubiger berechtigt und nur berechtigt. Eine derartige Interpretation ignoriert den Inhalt des § 241 Satz 2, demzufolge die Leistung auch in einem Unterlassen bestehen kann, und ignoriert weiter den Umstand, daß es auch eine unsubstantielle Gegenseitigkeit gibt. Nach alledem ist der Gläubiger auch „Schuldner" im Sinne des § 242: er muß alles unterlassen, was sein Recht gegen den Hauptschuldner zu schmälern geeignet ist; er muß sein ganzes Verhalten gegen den Hauptschuldner und den Bürgen von dem Grundsatze von Treu und Glauben leiten lassen.

Der wichtigste Beweis, den die herrschende Lehre gegen eine allgemeine Diligenzpflicht des Gläubigers anführt, ist der, den sie aus dem Gesetze selbst entnimmt. Sie sagt nämlich, § 776 setze das Prinzip von Treu und Glauben in den anderen als den in § 776 erwähnten Fällen außer Kraft, weil dieser Paragraph als lex specialis eine analoge

Auslegung nicht zulasse. Indessen dürfte dieser Paragraph anders zu verstehen sein, wenn man ihn in den richtigen Zusammenhang mit dem Gesetze bringt.

Wie schon im Eingange dieses Teiles kurz ausgeführt, ist der Gläubiger verpflichtet, nicht kulpos mit seinem Rechte gegen den Hauptschuldner umzugehen. Tut er es dennoch, so verliert er sein Recht gegen den Bürgen, der ihn mit der Einrede der Vorausklage ganz von sich abweisen kann, und zwar selbst dann, wenn der Gläubiger vielleicht nur mit einem Teile seines Rechtes gegen den Hauptschuldner kulpos verfahren ist; denn der Teilbetrag ist nur sehr schwer zu bestimmen. Daher verliert der Gläubiger vorübergehend oder dauernd sein ganzes Recht gegen den Bürgen. Also: wenn die Einrede der Vorausklage zulässig ist, dann wirkt sie total. Von dieser totalen Wirkung gibt es 2 Ausnahmen. Ueber die eine im § 773 Absatz 2 wird unten bei Ausschluß der Einrede der Vorausklage gehandelt werden. Hier interessiert die andere, die des § 776. Ohne diese Bestimmung müßte also der Gläubiger eigentlich ganz zurückgewiesen werden, wenn er auch nur teilweise kulpos gehandelt hat. Da bestimmt nun § 776, daß in den in ihm erwähnten Fällen die Einrede der Vorausklage immer noch wenigstens in Höhe des unverletzten Teils des Gläubigerrechts bestehen bleiben solle. Der Sinn des § 776 wird also dann nicht richtig begriffen, wenn man ihn mit der herrschenden Lehre dahin versteht: Eine allgemeine Diligenzpflicht existiert nicht; gibt „aber" der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen

Mitbürgen auf, so wird der Bürge frei und zwar insoweit, als er aus dem aufgegebenen Rechte nach § 774 hätte Ersatz erlangen können. Der Sinn des § 776 wird vielmehr richtiger Ansicht nach bloß dann richtig erfaßt, wenn man vor dem Worte „insoweit" ein „nur" einschiebt: In den Fällen des § 776 wird der Bürge (nicht ganz, sondern) „nur" insoweit frei, als er aus dem aufgegebenen Rechte hätte Ersatz erlangen können.

Aus alledem folgt nun zweierlei:

a) § 776 ist nicht lex specialis in dem Sinne, daß in den übrigen Fällen jede Diligenzpflicht des Gläubigers zu leugnen sei; so fälschlich fast einstimmig die herrschende Meinung. Demnach ist eine analoge Anwendung dahin nicht ausgeschlossen, daß auch in den anderen Fällen eine Diligenzpflicht besteht, ein Prinzip, als dessen Ausdruck § 776 anzusehen ist.

b) lex specialis ist § 776 nur insofern, als in den daselbst — und in dem gleichfalls als lex specialis in diesem Sinne aufzufassenden § 773 Abs. 2 — ganz besonders aufgeführten Fällen die Einrede der Vorausklage auf einen Teilbetrag zulässig ist.

Demnach wird durch den § 776 die Diligenzpflicht des Gläubigers im übrigen nicht negiert, vielmehr ihr Vorhandensein bestätigt und nur besonders geregelt. Dasselbe gilt auch vom § 777 B. G. B.[12])

Welches ist nun der Inhalt der dem Gläubiger obliegenden Verpflichtungen zur Sorglichkeit[13])?

---

[12]) Diese Argumentation ist in der Literatur nirgends vertreten, auch nicht angedeutet.

[13]) vergl. Hasenbalg, S. 537.

a) Das die Ausklagung des Hauptschuldners unmöglich machende Hindernis darf nicht vom Gläubiger selbst geschaffen sein, z. B. der Gläubiger verpflichtet sich, die Forderung wie vom Hauptschuldner beizutreiben, sodaß die Ausklage des Hauptschuldners an dieser zwischen ihm und dem Gläubiger getroffenen Vereinbarung scheitert, der Gläubiger also eigentlich sich an den Bürgen mit seinem Erfüllungsbegehren wenden könnte, oder der Gläubiger unterläßt hinsichtlich eines Befriedigungsmittels die Maßregeln zu seiner sorglichen Aufbewahrung, sodaß es abhanden kommt. Sollte diesem selbst geschaffenen Hindernis ein unverschuldetes hinzutreten, z. B. über das Vermögen des Hauptschuldners wird der Konkurs eröffnet,[14]) dann kann der Bürge das vom Gläubiger selbst geschaffene Hindernis dauernd gegen ihn für sich ausnützen. Anders wenn zu dem bereits bestehenden, unverschuldeten Hindernis der Gläubiger noch eines schuldhafterweise schuf. Dann hat der Gläubiger nur einen Versuch gemacht, die Ausklagung des Hauptschuldners erfolglos zu gestalten. Der Versuch scheiterte daran, daß die erfolgreiche Ausklagung des Hauptschuldners bereits ausgeschlossen war. Sollte freilich das unverschuldete Hindernis später wieder wegfallen, so treten für den Gläubiger die Nachteile des von ihm selbst geschaffenen Hindernisses wieder ein.

b) Die Einziehung der Forderung muß vom Gläubiger unter Umständen[15]) ungesäumt vorgenommen werden, widrigenfalls er sich durch Unterlassen gegen die Verpflichtung zu sorglicher Geltendmachung

---

[14]) s. unten unter V, 4.

[15]) so stets bei der Bürgschaft auf bestimmte Zeit, § 777 B. G. B

der Hauptschuld vergeht. Freilich müssen die Umstände ganz besonderer Art sein, wenn sie den Gläubiger zum aktiven Vorgehen gegen den Hauptschuldner veranlassen sollen. Dies ist der Fall, wenn derartige Verhältnisse obwalten, daß der Gläubiger bei vernünftiger Beurteilung der Sachlage sich sagen muß, daß seine etwaige Verzögerung in der Art der Beitreibung wider Treu und Glauben verstößt, weil er durch weitere Hinausschiebung der Geltendmachung der Forderung gegen den Hauptschuldner die Möglichkeit der Befriedigung durch ihn in Frage stellen werde. Wenn die Hauptschuld fällig ist, muß der Gläubiger ihre Einziehung betreiben und darf nur dann Stundung gewähren, wenn er dadurch den Hauptanspruch nicht gefährdet, indem etwa der Hauptschuldner nachträglich völlig insolvent wird. Dabei muß der Gläubiger zur Erlangung seiner Befriedigung alle zulässigen Mittel anwenden und bei ihrer Auswahl mit Vernunft und Ueberlegung vorgehen; der Gläubiger darf kein Mittel unerschöpft lassen, wenn ihm nicht positive Gesetzesvorschriften den Versuch dieses oder jenes Mittels erlassen. So ist der Gläubiger nicht gehalten, ein Pfandrecht zu realisieren, das ihm an einer nicht dem Hauptschuldner gehörigen Sache zusteht,[16]) wenn die Realisierung schwierig sein sollte; nur bei besonders leichter Realisierbarkeit muß er sich an das Pfandrecht nach Treu und Glauben halten.

c) Der Gläubiger darf ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht, das Recht gegen einen Mitbürgen oder ein sonstiges Befriedigungsmittel nicht aufgeben. Die Aufgabe eines

[16]) vergl. § 772 Abs. 2 B. G. B.

Rechtes setzt den Willen, das Recht aufzugeben, und die Betätigung dieses Willens voraus. Wenn der Gläubiger zum Verluste des Rechtes gar nichts beigetragen hat, der Verlust des Rechtes lediglich durch die Handlung eines Dritten erfolgt ist, so kann — bei dem bloß passiven Verhalten des Gläubigers — von einer Aufgabe des Rechtes nicht gesprochen werden.[17]) Eine teilweise Aufgabe des Rechtes liegt darin, wenn der Gläubiger ein Pfand non justo pretio verkauft. Das zieht dann bei den Fällen des § 776 und 773 Abs. 2 die Befreiung des Bürgen insoweit nach sich, als der Gläubiger aus dem Pfande sich hätte befriedigen können. Dasselbe gilt, wenn ein Hypothekengläubiger, der wegen seines in der Zwangsversteigerung erlittenen Ausfalls den Bürgen der Hypothek in Anspruch nimmt, den Ausfall selbst teilweise dadurch verschuldet hat, daß er nicht in der Zwangsversteigerung den Wegfall einer ihm im Range nachstehenden Wegegerechtigkeit als Versteigerungsbedingung gestellt hat. Dieser im gemeinen Recht oft vorgekommene und entschiedene Fall ist heute noch von Bedeutung wegen des § 9 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zum Zw. V. G. vom 24. 3. 1897.

b) Etwaigen Umständen nachzuforschen, die ihn zu sofortiger Beitreibung veranlassen konnten, ist der Gläubiger nicht verpflichtet, wenn nicht etwa gerade irgend welche Momente eine umfassende und sorgsame Prüfung deutlich erscheinen lassen. Denn man darf nie vergessen, daß der Gläubiger über die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners größere Ruhe und Sicherheit erwerben wollte, als er das Bürgschaftsverhältnis einging.

---

17) Jahrbuch des Deutschen Rechts, 5. Jahrg., zu § 776.

Besonders praktisch ist die Diligenzpflicht bei der sog. Kautionsbürgschaft, der Bürgschaft, die dem Kassenherrn geleistet wird, für die durch etwaige Unredlichkeiten eines Kassenbeamten entstehenden Verbindlichkeiten desselben. Je nachdem ob es sich um ein großes Bankunternehmen oder um ein Geschäft von minimalem Umfang handelt, wird man dem Kassenherrn in größerem oder geringerem Maße eine sorgfältige Kontrole zumuten dürfen. Entdeckt der Kassenherr auch nur kleine Unehrlichkeiten des Kassenbeamten, so wird er ihn alsbald entlassen müssen, wenn nicht der Bürge damit einverstanden ist, daß der Kassenbeamte seinen Posten auch weiterhin innebehalte.

Nicht unerwähnt mag der Fall bleiben, wenn es sich um eine Forderung des Gläubigers gemäß § 648 B. G. B. handelt. Dieser Paragraph lautet: „Der Unternehmer eines Bauwerkes oder eines einzelnen Teiles eines Bauwerkes kann für seine Forderungen aus dem Vertrage die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers verlangen. Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann er die Einräumung einer Sicherungshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen." § 648 gibt weder ein Pfandrecht noch ein Vorzugsrecht im Sinne des § 776, gibt vielmehr nur die Möglichkeit, ein solches Recht unabhängig vom Willen des Hauptschuldners zu erwerben. Dieses Recht soll zur dinglichen Sicherung der Forderung dienen und gereicht somit dem Bürgen zum Vorteil. Dieser Vorteil wird erheblich geschmälert, wenn bei Unsicherheit des Hauptschuldners der Gläubiger von

dem ihm nach § 648 zustehenden Rechte keinen Gebrauch macht. Dafür ist der Gläubiger verantwortlich, wenn er diese Schmälerung voraussah, bez. bei auch nur einiger Aufmerksamkeit voraussehen mußte.

Die Diligenzpflicht des Gläubigers bringt dem Bürgen Vorteile, die ihm humaner Weise nur zuzubilligen sind, und belästigt den Gläubiger nicht allzusehr. Diese Belästigung kommt nicht wesentlich in Betracht gegenüber der Sicherheit, die der Gläubiger durch die Bürgenstellung gewinnt. Liegt nun irgendein Verhalten des Gläubigers vor, demzufolge die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg bleibt, hat er also seine Diligenzpflicht gegen den Bürgen verletzt, so wird dieser dem Gläubiger vorhalten, daß der Gläubiger selbst schuld daran ist, wenn er vom Hauptschuldner nicht befriedigt worden ist, bez. die Ausklagung des Hauptschuldners sich erübrigt hat, und daß dies daher im Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen gar nicht in Betracht kommt. Für den Bürgen in seinem Verhältnis zum Gläubiger ist der Hauptschuldner immer noch ein mit Erfolg angreifbarer und zwar solange, als der Gläubiger wegen der von ihm schuldvoll verletzten Diligenzpflicht vom Hauptschuldner nichts erlangen kann; solange kann auch der Bürge den Gläubiger noch an den Hauptschuldner verweisen. Der Bürge kann den durch die Sorglosigkeit des Gläubigers erlittenen Ausfall auf den Gläubiger abwälzen. Daraus ist aber eine sehr interessante Folgerung zu ziehen: In allen den Fällen, wo der Gläubiger die Verletzung der Diligenzpflicht nicht wieder gutmachen kann — und das sind die weitaus meisten Fälle —, wirkt die Einrede der Vorausklage peremtorisch, nicht nur dilatorisch. Der Gläubiger verwirkt die Möglichkeit des

rechtswirksamen Angriffs gegen den Bürgen für immer. Die an sich nur verzögerliche Einrede der Vorausklage nimmt den Charakter einer zerstörlichen an.[18])

Befriedigt daher der Bürge den Gläubiger in Unkenntnis der Verletzung der Diligenzpflicht, so steht ihm nach § 813 ein Rückforderungsanspruch gegen den Gläubiger zu, in den Fällen des § 776 jedoch nur insoweit, als er aus dem aufgegebenen Rechte hätte Ersatz erlangen können.[19])

[18]) R. G. E. Bd. 18 S. 239.

[19]) so auch — wenigstens für die Fälle des § 776, Fischer-Henle, Anm. 4 zu § 776.

V.

Ausschluß der Einrede der Vorausklage.

Die Einrede der Vorausklage ist dispositiver Natur, sie gehört nicht zum Wesen des Bürgschaftsvertrages. Es ist darum möglich, daß der Gläubiger seine Befriedigung vom Bürgen rechtswirksam verlangen kann, ohne zuvor eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner erfolglos versucht zu haben. Es gibt eine große Anzahl Fälle, in denen es dieses Nachweises zum Angriff gegen den Bürgen nicht bedarf. Die Ausklagung des Hauptschuldners erübrigt sich, weil sie schon wegen anderer besonderer Umstände ausgeschlossen ist. Im Verkehrsleben ist diese Art Bürgschaft sehr beliebt, weil der Gläubiger die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit ohne Schwierigkeiten erlangen kann und will. Um der Rechtssicherheit möglichst feste Grundlagen zu geben,

sind feste kasuistische Regeln aufgestellt, die einer willkürlichen Auslegung nur wenig Raum lassen und die Anwendung der Einrede angemessen beschränken. Für den Wegfall der subsidiären Haftung des Bürgen ist jedes materiae der § 773 B. G. B., wo zunächst der Fall des rechtsgeschäftlichen Verzichts auf die Einrede der Vorausklage erwähnt ist und sodann einige die Einrede der Vorausklage kraft Gesetzes ausschließende Bestimmungen folgen, die im Texte noch durch andere ergänzt werden.

a) Ausschluß durch Rechtsgeschäft.

Wie auf jeden anderen privatrechtlichen Vorteil, so kann der Bürge auch auf die Einrede der Vorausklage giltig verzichten. Damit wird der Inhalt des bestehenden Bürgschaftsverhältnisses insofern geändert, als der Gläubiger den Bürgen sofort in Anspruch nehmen darf, ohne zuvor den Hauptschuldner ausklagen zu müssen. Da das Gesetz nichts Anderes vorschreibt, so ist nach § 305 B. G. B. zum wirksamen Verzicht auf die Einrede der Vorausklage ein Vertrag zwischen den Beteiligten, d. h. zwischen Gläubiger und Bürgen erforderlich. Hiernach setzt der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage einen Vertrag voraus; eine einseitige Erklärung des Bürgen ist nicht ausreichend. Auf den Verzicht finden daher die §§ 145 ff B. G. B. Anwendung. Insbesondere kommt er erst zu stande, wenn der Gläubiger die Verzichtserklärung des Bürgen angenommen hat. Diese Annahme braucht aber nach § 151 B. G. B. nie ausdrücklich erklärt zu werden. Denn entweder verzichtet der Bürge auf die Anregung des Gläubigers auf die Einrede der Vorausklage, dann ist eine Annahmeerklärung seitens des Gläubigers nach der Verkehrssitte und Geschäftsgepflogenheit nicht zu erwarten, oder der Bürge verzichtet aus eigenem Antrieb auf die Einrede der Vorausklage, und er

verzichtet damit zugleich auf die Erklärung der Annahme seiner Verzichtserklärung. Da überdies die Verzichtserklärung des Bürgen die Rechtsstellung des Gläubigers nur vertieft und verstärkt, nicht aber verkümmert und schmälert, so hat der Gläubiger nie Veranlassung, die Verzichtserklärung des Bürgen nicht anzunehmen. Nach alledem ist praktisch die Frage ohne wesentliche Bedeutung, ob der Verzicht schon durch die einseitige Erklärung des Bürgen Wirksamkeit verlangt oder ob dazu ein Vertrag mit dem Gläubiger nötig ist.

Daß die Verzichtserklärung vom Bürgen selbst abgegeben wird, ist nicht erforderlich. Es kann sie auch ein Anderer innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht abgeben.[1]) Möglich ist auch, daß der Bürge in dem Verzichtsvertrage sich den Rücktritt vorbehält. Wenn dann der Rücktritt erfolgt, so ist der Gläubiger verpflichtet, dem Bürgen, wenn er schon hat leisten müssen, die empfangene Leistung zurückzugewähren,[2]) falls nicht inzwischen der Hauptschuldner ohne Erfolg belangt worden ist oder seine Ausklagung sich sonst erübrigt hat.

Unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage werden wir jede Erklärung des Bürgen verstehen müssen, woraus in irgend welcher Weise der Wille hervorgeht, daß die Anwendung der Einrede der Vorausklage mit dem Inhalte, den der Bürge seiner Bürgenverpflichtung geben wollte, nicht in Einklang zu bringen sei. Es kann dem Schutzmittel der Vorausklage allein, es kann ihm aber auch zugleich mit anderen Rechtswohltaten entsagt werden. Verzichtet der Bürge auf alle Rechtswohltaten des Bürgen, so verzichtet er in dieser Hülle auch auf die Einrede der

[1]) §§ 164 ff. B. G. B.
[2]) § 346 ff. B. G. B.

Vorausklage. Eine bestimmte Form für die Verzichtserklärung des Bürgen ist nicht vorgeschrieben, sie kann ausdrücklich oder stillschweigend, durch schlüssige Handlungen, erfolgen. Die Tatsachen dürfen aber keinen Zweifel lassen, daß der Bürge hat auf die Einrede der Vorausklage verzichten wollen, indem sich klar ergibt, daß er bei Vernunft und Ueberlegung nicht auf den Schutz der Einrede der Vorausklage rechnen konnte. Als Beispiel eines stillschweigenden Verzichts wird vom Gesetz selbst[3]) die Verbürgung als Selbstschuldner angeführt. Dies gilt auch dann, wenn der Bürge nicht gewußt hat, daß er mit der Eingehung einer selbstschuldnerischen Bürgschaft der Einrede der Vorausklage entsage; eine praesumtio juris et de jure, eine unwiderlegbare Vermutung des B. G. B.! Immer wird der Bürge es sich selbst zuzuschreiben haben, wenn er die Erklärung, „als Selbstschuldner" haften zu wollen, abgegeben hat, ohne ihre Tragweite zu erkennen. Ob die Verbürgung als Selbstschuldner einen Verzicht auf die Einrede der Vorausklage enthalte, war im gemeinen Rechte bestritten; man neigte mehr zur Bejahung.[4]) Ein stillschweigender Verzicht ist aber auch anzunehmen, wenn der Bürge sofortige Leistung zur Zeit der Fälligkeit versprochen hat oder wenn er sich „als Selbstzahler", „samtverbindlich" „solidarisch" verbürgt hat.[5]) Dasselbe gilt, wenn ein Bürge verspricht, „früher" als der Hauptschuldner zu zahlen oder, er wolle den Gläubiger in der Beitreibung der Hauptschuld „gar nicht aufhalten." Solche Erklärungen umfassen eine Absicht, mit der der Schutz

[3]) § 773 Ziff. 1 B. G. B.

[4]) so auch Struben, Bd. I, 40. Bedenken.

[5]) vergl. Motive, Bd. II S. 670; Koch, S. 311/312 und Anm. 24; v. Staudinger, Bem. 1 a a zu § 773.

der Einrede der Vorausklage nicht in Einklang zu bringen wäre. Dieselbe Absicht liegt vor, wenn der Bürge einen festen Termin bestimmt, wann er, oder einen bestimmten Ort, wo er zahlen will, oder wenn er verspricht, „auf Vorzeigung der Schuldurkunde oder der Handschrift" zu zahlen oder zu zahlen, wenn der Hauptschuldner nicht in einem Jahre den Gläubiger befriedige. Dieselbe Verzichtsabsicht ist vorhanden, wenn der Bürge dem Gläubiger erklärt: er verlange nicht, daß er sich „zunächst an den Hauptschuldner halte." Denn die Ausklagung ist entschieden ein „Halten". In allen diesen Fällen wäre es ein direkter Widerspruch, wenn sich der Gläubiger an den Hauptschuldner sollte verweisen lassen müssen. „Befriedigen" ist etwas wesentlich Anderes als „an den Hauptschuldner verweisen." Dieselbe Verzichtsabsicht ist in den anderen Fällen wenigstens zu präsumieren; so namentlich dann, wenn sich der Bürge wissentlich für eine im Klagewege nicht erzwingbare, z. B. verjährte, Schuld verbürgt.

Darin jedoch, daß der Bürge den Gläubiger ermächtigt, für den Fall, daß der Hauptschuldner zum Verfalltage der Hauptschuld deren Zahlung nicht leisten sollte, nach diesem Tage sofort sich an einer dem Bürgen zustehenden Forderung gegen X bezahlt zu machen und daß der Bürge zu diesem Behufe von der genannten Forderung dem Gläubiger einen entsprechenden Teilbetrag abtritt, liegt zwar eine weitere, dem Gläubiger vom Bürgen gewährte Sicherstellung, aber nicht eine Erklärung des Bürgen, daß er über diese besondere Sicherstellung hinaus und neben derselben, soweit er als Bürge für die Zahlung der Hauptschuld eingetreten sei, für letztere als Selbstschuldner haften wolle. In einem derartigen Falle steht also die Einrede der Vorausklage

dem Bürgen prinzipiell noch zu,[6]) sie müßte denn aus einem anderen Grunde entfallen.[7]) Ein für den Hauptschuldner angegebener Zahlungstermin bezeichnet nämlich nur den Eintritt des Zeitpunktes, mit dem der Gläubiger auf Erfüllung der Hauptverbindlichkeit klagen kann. Dieser Zeitpunkt muß aber bei jeder verbürgten Verbindlichkeit vorhanden und eingetreten sein, wenn der Gläubiger an den Bürgen sich soll halten dürfen. Anders liegt der Fall, wenn der Bürge seine Zahlungspflicht bei der von selbst sich verstehenden Fälligkeit der Hauptschuld an einen besonderen Zeitpunkt hat binden, also insoweit als selbständige Verpflichtung hat hinstellen wollen.

Bestritten ist, ob der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage schriftlich erklärt sein muß, um giltig zu sein, wie ja auch die Bürgschaftserklärung nur in Schriftform rechtswirksam verbindlich macht.[8]) Beim Verzicht auf die Einrede der Vorausklage handelt es sich um eine Nebenabrede, die die Verpflichtung des Bürgen über das gesetzliche Mindestmaß hinaus verstärkt. Ist schon zur Erteilung der Bürgschaftserklärung Schriftform erforderlich, umso mehr muß dies dann für den die Bürgschaftserklärung erweiternden Verzicht des Bürgen auf die Einrede der Vorausklage gelten.[9])

Der Verzicht kann sofort bei Eingehung des Bürgschaftsvertrages mit der Bürgschaftserklärung zugleich ausgesprochen, es kann aber auch später dieser Rechtswohltat erfolgreich entsagt werden. Der Unterschied ist aber nur theoretisch erheblich. Letzterenfalls

[6]) vergl. Archiv für zivilrechtliche Entscheidungen, Bd. 1890 S. 600 f.

[7]) s. unter b).

[8]) § 766 B. G. B.

[9]) vergl. v. Staudinger Bem. 1 a b zu § 773. Anderer Ansicht sind: Crome, § 296 Anm. 73; Neumann, Note 2 b zu § 766, 2 zu § 771 und 1 a zu § 773.

wird auf die bereits erworbene Einrede verzichtet, erstenfalls wird ihre Entstehung aus § 771 von vornherein verhindert.[10] Auch kann in aller Regel eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung zwischen Gläubiger und Bürgen diesem die Einrede der Vorausklage zurückgeben; so z. B. wenn der Gläubiger dem selbstschuldnerischen Bürgen das Versprechen gibt,[11] er werde „auf pünktliche Bezahlung der Raten seitens des Hauptschuldners dringen, im Verzugsfalle den Bürgen benachrichtigen und mit ihm gemeinschaftlich die nötigen Schritte zur Erwirkung der Zahlung des Hauptschuldners tun, erforderlichenfalls durch gerichtliche Verfolgung des Hauptschuldners."

Die zum Zwecke der Sicherheitsleistung erfolgte Bürgschaftserklärung muß den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage enthalten.[12] Bisweilen ist jemand kraft Gesetzes für die Schuld eines andern wie ein Bürge verhaftet, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Wird zum Beispiel ein vermietetes Grundstück nach der Ueberlassung an den Mieter von dem Vermieter an einen Dritten veräußert, so tritt der Erwerber an die Stelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein; erfüllt der Erwerber diese Verpflichtungen nicht, so haftet der Vermieter für den von dem Erwerber zu ersetzenden Schaden wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat.[13] Ferner: Wenn eine pfandgesicherte Forderung übertragen wird, so geht das Pfandrecht in aller Regel auf den neuen Gläubiger über und dieser

[10] Dertmann, Anm. 2a zu § 773 S. 847.

[11] R. G. E. Bd. 8 S. 260 ff.

[12] B. G. B. § 239 Abs. 2.

[13] B. G. B. § 571 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2.

neue Pfandgläubiger kann von dem bisherigen die Herausgabe des Pfandes verlangen; mit der Erlangung des Besitzes tritt der neue Pfandgläubiger an die Stelle des bisherigen in die mit dem Pfandrecht verbundenen Verpflichtungen gegen den Verpfänder ein; erfüllt er diese Verpflichtungen nicht, so haftet für den von dem neuen Pfandgläubiger zu ersetzenden Schaden der bisherige Pfandgläubiger wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat.[14]) Hierher gehört auch ein Fall des Gesetzes über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901: Besteht nämlich der Verwalter in dem Konkurse über das Vermögen des Verlegers gemäß § 17 K. O. auf Erfüllung des Vertrags, so tritt, wenn er die Rechte des Verlegers auf einen andern überträgt, dieser an die Stelle der Konkursmasse in die sich aus dem Vertragsverhältnis ergebenden Verpflichtungen ein; jedoch haftet die Konkursmasse, wenn der Erwerber die Verpflichtungen nicht erfüllt, für den vom Erwerber zu ersetzenden Schaden wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat.[15])

b) Ausschluß der Einrede der Vorausklage von Gesetzeswegen.

Wie durch Rechtsgeschäft die Zulässigkeit der Einrede der Vorausklage wegbedungen werden kann, so ist in manchen Fällen die Einrede der Vorausklage kraft Gesetzes ausgeschlossen.

1) Die Einrede der Vorausklage ist konsumiert, wenn der Gläubiger bereits einmal wegen der verbürgten Forderung die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat. Eine nochmalige Ausklagung des Hauptschuldners kann

[14]) B. G. B. §§ 1250 Abs. 1, 1251 Abs. 1 und 2 Satz 1 und 2.

[15]) l. c. § 36 Abs. 2 Satz 2.

dann der Bürge vom Gläubiger nicht verlangen und zwar selbst dann nicht, wenn der Hauptschuldner nachträglich in eine bessere Vermögenslage gekommen ist. Der einmalige, erfolglose Versuch der Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner wirkt zu Ungunsten des Bürgen endgültig.[16]) Eine positive Vorschrift gibt es hierüber allerdings nicht. Es ist ein Rückschluß, der sich auf den Grundsatz des B. G. B. stützt, die Rechtslage des Gläubigers nicht allzusehr durch die Rechtswohltat der Vorausklage zu erschweren, ein Rückschluß, auf den auch der Wortlaut des § 771 hindeutet, demzufolge der Bürge die Befriedigung des Gläubigers nicht verweigern kann, wenn der Gläubiger „eine" Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat.[17])

Kraft Gesetzes ist die Einrede der Vorausklage ferner ausgeschlossen:

2) wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner in Folge einer nach der Uebernahme der Bürgschaft eingetretenen Aenderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsortes des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist.[18]) Unter Rechtsverfolgung hat man das Verfahren vor der Erhebung der Klage bis zur Durchführung der Zwangsvollstreckung zu verstehen.[19]) Zur Rechtsverfolgung im Sinne der Vorschrift des § 773 Ziff. 2 gehört auch die Befriedigung des Gläubigers aus einem ihm zustehenden Pfand- oder Zurückhaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners

[16]) vergl. v. Staudinger, Bem. 2 zu § 771; Planck, Bem. 3 zu § 771; Neumann, Bem. 3 zu § 772; Landé, Anm. 1 zu § 771.

[17]) Angezweifelt aber nicht bestritten bei Oertmann, Anm. 4 S. 845.

[18]) § 773 Ziff. 2 B. G. B.

[19]) Urteil des Oberlandesgericht Kolmar vom 8. 12. 1905 im Recht 1906 S. 50.

Wenn daher dem Gläubiger ein solches Recht zusteht und dessen Geltendmachung infolge der Aenderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsortes des Hauptschuldners nicht oder doch wenigstens nicht wesentlich erschwert ist, so kann der Bürge immer noch die Einrede der Vorausklage rechtswirksam vorschützen.[20] Die Erschwerung muß wesentlich und nach der Uebernahme der Bürgschaft eingetreten und muß die Folge sein einer Aenderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsortes des Hauptschuldners. Was unter wesentlicher Erschwerung der Rechtsverfolgung zu verstehen ist, wird im Anschluß an die Novelle 4 Kapitel 1, aber in einer noch für das B. G. B. maßgebenden Weise vom Reichsgericht erschöpfend erörtert.[21] Es wird gefolgert, daß derjenige, welcher einen anwesenden Bürgen hat, nicht genötigt werden kann, zunächst den in einem auswärtigen Staat wohnenden Hauptschuldner zu belangen, um somit einem fremden Prozeßrecht sich zu unterwerfen und dem anzugehenden Gericht gegenüber sich in die meistens gesetzlich nachteilige Lage eines Ausländers zu versetzen. Wenn aber der Hauptschuldner in irgend einem andern Orte des Heimatsstaates des Gläubigers wohnt und somit unter dem Schutze der Gesetze desselben Staates belangt werden kann, so können die mit seiner dortigen Ausklagung verbundenen Umständlichkeiten bei der heutigen Ordnung der Gerichtsverhältnisse und der gerichtlichen Vertretung, sowie bei den heutigen Verkehrseinrichtungen nicht für so erheblich gehalten werden, daß es gerechtfertigt wäre, dem Bürgen die ihm sonst zustehende Einrede der Vorausklage zu entziehen.

[20] Planck, Bem. 6 zu § 772; v. Staudinger, Bem. 1 b zu § 773 u. a

[21] R. G. E. Bd. 6 S. 154 ff.

Hieraus muß man weiter folgern, daß seitdem die Verfassung des deutschen Reichs jedem Deutschen das Recht zusichert, in jedem deutschen Bundesstaate hinsichtlich der Rechtsverfolgung und des Rechtsschutzes dem Inländer gleich geachtet zu werden, und das deutsche Reich nunmehr auch eine gemeinsame Gerichtsverfassung, Prozeßordnung und besonders auch ein fast gemeinsames bürgerliches Recht besitzt, der Umstand, daß Gläubiger und Hauptschuldner in verschiedenen Orten des deutschen Reichs und sei es auch in verschiedenen Bundesstaaten wohnen, den Hauptschuldner nicht als abwesend im Sinne der Novelle 4 betrachten kann. Eine wesentliche Erschwerung der Rechtsverfolgung wird also immer zu verneinen sein, solange der Wohnsitz, die gewerbliche Niederlassung oder der Aufenthaltsort im deutschen Reich bleibt, weil jeder Deutsche jedem Deutschen in jedem deutschen Bundesstaate gleich geachtet wird. Auch wenn der Hauptschuldner den Wohnsitz, die gewerbliche Niederlassung oder den Aufenthaltsort ins Ausland verlegt, so braucht dies noch nicht den Ausschluß der Einrede der Vorausklage im Gefolge zu haben. Denn das Institut der Rechtshilfe zwischen Deutschland und manchen auswärtigen Staaten ist zu hervorragender Vollkommenheit gediehen. Nach alledem kann die Entscheidung darüber, ob § 773 Ziff. 2 B. G. B. einschlägt, stets nur in jedem einzelnen Falle getroffen werden. Greift diese Vorschrift ein, so entfällt damit zugleich die Einrede nach § 772 Absatz 1.

Ueber die innere Natur der Erschwerungsgründe ein allgemeines Kriterium aufzustellen, ist nicht möglich.[22]) Die in Frage kommenden Umstände werden

[22]) Hasenbalg, S. 598.

zumeist faktischer Natur sein. Um aber rechtswirksam werden zu können, müssen sie in bestimmten Beziehungen zur rechtlichen Gestaltung der Verhältnisse stehen. Der durch sie herbeigeführte Zustand muß *rechtlich* bedeutend sein, im Rechtsgebiete Anspruch auf Anerkennung haben. Das Recht selbst muß ihn auf das gegen den Hauptschuldner anzustrengende Verfahren einwirken lassen und zwar derart, daß dadurch die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner erheblich erschwert ist. Es können daher nie Tatsachen in Frage kommen, die keinen Einfluß auf die Rechtssphäre zu gewinnen vermögen. Wenn sie auch die Rechtsverfolgung erheblich erschweren, für das Recht existieren sie nicht, weil sie keine gesetzliche Anerkennung haben. Daß z. B. der Hauptschuldner eine Person von großem Einfluß, daß er streitsüchtig und chikanös ist, alles dies kann wohl einen Prozeß gegen ihn erheblich erschweren, aber für die Rechtsordnung existieren solche Erschwerungsgründe nicht.

Die wesentliche Erschwerung, um derentwillen die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen sein soll, muß wirklich vorhanden, nicht nur wahrscheinlich oder gar nur möglich sein. Es heißt ja auch im § 773 Ziff. 2: „wenn die Rechtsverfolgung . . . . . wesentlich erschwert *ist*", es steht nicht da: „wesentlich erschwert *erscheint*." Indessen kann nicht verlangt werden, daß bereits die Ausklagung des Hauptschuldners begonnen haben muß, damit sich die wesentliche Erschwerung ihrer Fortsetzung dem Gläubiger fühlbar mache. Sonst würde ja der Gläubiger niemals von der gesamten Verpflichtung zur Vorausklage befreit sein, sondern er müßte diese stets beginnen, um wenigstens von der Verpflichtung zur Durchführung der Vorausklage entbunden zu werden. Wenn

auch meist die wesentliche Erschwerung erst nach Beginn der Ausklagung des Hauptschuldners einwandfrei sich zeigen wird, so wird doch auch ohne Beginn der Ausklagung sich öfters eine wesentliche Erschwerung mit Sicherheit voraussagen lassen, so z. B. wenn dort, wohin der Hauptschuldner den Wohnsitz, die gewerbliche Niederlassung oder den Aufenthaltsort verlegt hat, infolge einer Revolution, eines Krieges oder einer Epidemie Stillstand der Rechtspflege eingetreten ist.

Die wesentliche Erschwerung der Rechtsverfolgung muß infolge einer nach der Bürgschaftsübernahme stattgefundenen Aenderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsortes des Hauptschuldners eingetreten sein. Hierzu bemerken die Motive:[23]) „Wenn man an jede nach dem Abschluß des Bürgschaftsvertrages eingetretene erhebliche Erschwerung der Ausklagung des Hauptschuldners den Verlust der Einrede knüpfte, so würde diese eine schwer zu übersehende und zu mancherlei Streitigkeiten führende Abschwächung erleiden." Unerheblich ist, ob die Erschwerung im Wechsel, z. B. an der Verlegung ins Ausland, oder dadurch begründet wird, daß der gegenwärtige Wohnsitz, Niederlassungs- oder Aufenthaltsort unbekannt ist. Wenn schon ein bloßer Aufenthaltswechsel im Falle der wesentlichen Erschwerung der Rechtsverfolgung dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nimmt, so muß dies um so mehr dann der Fall sein, wenn seit der Verbürgung der Aufenthalt des Hauptschuldners unbekannt geworden ist oder wenn sich der Hauptschuldner gar vor dem Gläubiger verborgen hält oder sein Aufenthalt von dem Bürgen vor dem Gläubiger verborgen gehalten wird. Das Gleiche gilt

23) Bd. II S. 671.

dann, wenn der Aufenthalt des Hauptschuldners bald verborgen, bald zwar bekannt, aber veränderlich ist.[24]) Ein auf einem andern Grunde als der Aenderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsortes beruhende Erschwerung macht die Einrede der Vorausklage nicht unzulässig.[25])

Ferner ist die Einrede der Vorausklage kraft Gesetzes ausgeschlossen:

3) wenn über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs eröffnet ist.[26]) Hiernach ist der gemeinrechtliche Streit, ob im Falle des Konkurses die exceptio excussionis Platz greife oder nicht, im letzteren Sinne entschieden. Der Konkurs bringt in aller Regel dem Gläubiger solche Unannehmlichkeiten und solche Weiterungen, der Weg durch den Konkurs ist so mühevoll und langwierig, der Erfolg einer Liquidation ist so unsicher, daß dem Bürgen die Einrede der Vorausklage entzogen wird. Nach dem Wortlaut des B. G. B.: „wenn der Konkurs eröffnet ist" wird die tatsächliche Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Hauptschuldners erfordert. Gleich bleibt, ob der Konkurs wegen Zahlungseinstellung oder wegen völliger Zahlungsunfähigkeit eröffnet worden ist. Maßgebend ist allein der Zeitpunkt des Eröffnungsbeschlusses. Es reicht nicht aus, wenn ein den Konkurs etwa nur vorbereitendes Ueberschuldungsverfahren schwebt, wie es nach § 27 der nassauischen Hilfsvollstreckungsordnung vom 16. Juli 1851 und §§ 52, 54 der Exekutions- und Konkursordnung vom 28. September 1859 möglich war. Eine derartige gerichtliche Untersuchung

[24]) v. Staudinger Anm. 1 b zu § 773 und oben Anm. 19.

[25]) Jakubezky, Bem. S. 150.

[26]) Motive Bd. II S. 671; v. Staudinger, Bem. 1 c zu § 773; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 79 Anm. 13.

zur Ermittelung der Ueberschuldung kann nur kurze Zeit währen und enthält für den Gläubiger keine dem Konkurse ähnliche, andauernde Erschwerung der Rechtsverfolgung.[27]) Ist aber der Konkurs über das Vermögen des Hauptschuldners einmal eröffnet, so entfällt für den Bürgen die Einrede der Vorausklage auch dann, wenn in concreto mit Sicherheit vorauszusehen ist, daß der Konkurs rasch beendigt sein wird und zwar mit einer sehr hohen, die Gläubiger vielleicht vollbefriedigenden Dividende. Das Ergebnis des Konkurses braucht der Gläubiger nicht abzuwarten, kann vielmehr den Bürgen sofort wegen seiner ganzen Forderung in Anspruch nehmen.[28])

Jedoch ist trotz der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Hauptschuldners nach Abs. 2 des § 773 die Einrede insoweit zulässig, als sich der Gläubiger aus einer beweglichen Sache des Hauptschuldners befriedigen kann, an der er ein Pfandrecht oder ein Zurückhaltungsrecht hat und an der er sich trotz der Konkurseröffnung befriedigen kann, also ein Absonderungsrecht hat. Dies ist regelmäßig der Fall beim Pfandrecht, nicht immer aber beim Zurückbehaltungsrecht.[29]) Insofern ist der § 773 Absatz 2 einschränkend auszulegen.[30]) Steht aber dem Gläubiger ein solches ein Absonderungsrecht gewährendes Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht an der Sache auch für eine andere Forderung zu, so gilt

[27]) R. G. E. Bd. 4 S. 123 f.

[28]) v. Staudinger, Bem. 1 c zu § 773.

[29]) vergl. K. O. §§ 48, 49.

[30]) So wird bei einem Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen im Konkurse ein Absonderungsrecht nur in Höhe des noch vorhandenen, durch die Verwendungen gesteigerten Vorteils gewährt (K. O. § 49 Ziff. 3), während die Verwendungsforderung selbst und damit die Haftung des dafür eingetretenen Bürgen keineswegs immer auf diesen Betrag beschränkt ist. Vergl. Windscheid-Kipp, Pand. Bd. II § 478 a. E.

dies[31]) nur, wenn beide Forderungen durch den Wert der Sache gedeckt werden. Ist aber die Befriedigung aus dem Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht nach Maßgabe des § 773 Ziff. 2 wesentlich erschwert, so ist, da auch die Geltendmachung von Pfand- und Zurückbehaltungsrechten zur Rechtsverfolgung im Sinne des § 773 Ziff. 2 gehört, die Einrede der Vorausklage nach § 773 Ziff. 2 ausgeschlossen. Die Ziffer 2 des § 773 geht also der Ziff. 3 mit Absatz 2 des § 773 vor.

Die Einrede der Vorausklage ist durch die einmal geschehene Konkurseröffnung dauernd beseitigt; sie bleibt auch ausgeschlossen bei Beendigung des Konkursverfahrens infolge Einstellung,[32]) Schlußverteilung[33]) oder Zwangsvergleich.[34]) Die einmal erfolgte Konkurseröffnung bleibt als Tatsache bestehen. Ist dagegen der Beschluß auf Eröffnung des Konkursverfahrens durch rechtskräftige Entscheidung aufgehoben[35]) worden, so werden die Rechtsfolgen der Konkurseröffnung wieder rückgängig gemacht: Der Konkurs gilt als nicht eröffnet, die Subsidiarität der Haftung des Bürgen tritt wieder ein.[36]) Zu beachten bleibt aber, daß die infolge des Konkurses des Hauptschuldners eintretende Fälligkeit[37]) nicht gegen den Bürgen wirkt.[38]) Gegen diesen kann die Forderung erst nach ihrer Fälligkeit geltend gemacht werden.

---

[31]) nach §§ 773 Abs. 2 a. E. mit 772 Abs. 2 Satz 2 B. G. B.

[32]) K. O. §§ 202 ff.

[33]) K. O. § 163.

[34]) K. O. § 190.

[35]) K. O. §§ 108, 109, 116.

[36]) Bendix, a. a. O. 1905 S. 126; Dernburg, Bürgerl. Recht S. 353; Fischer-Henle, Anm. 9 zu § 773; v. Staudinger, Bem. 1 c zu § 773; nach Planck Bem. 3 zu § 773 soll der Konkurs die Einrede der Vorausklage nur beseitigen, wenn er zur Zeit der Inanspruchnahme des Bürgen noch dauert; Planck läßt also fälschlich den Konkurszustand entscheiden, nicht die Tatsache der Konkurseröffnung.

[37]) K. O. § 65.

[38]) R. G. E. Bd. 3 S. 357 und Neumann Anm. 3 c zu § 773.

Ferner ist die Einrede der Vorausklage kraft Gesetzes ausgeschlossen:

4) wenn anzunehmen ist, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird.[39]) Das B. G. B. schließt also die Einrede der Vorausklage auch schon dann aus, wenn die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner voraussichtlich erfolglos ist; die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners, die voraussichtliche Unzulänglichkeit der Zwangsvollstreckung, braucht also nicht nachgewiesen zu werden, wie es in anderen Rechten vorgeschrieben ist. Das B. G. B. spricht allgemein von einer Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners. In dem Vermögen sind nun nicht nur bewegliche Sachen, sondern auch Liegenschaften und Forderungen inbegriffen. In der Regel muß daher auch bei den Liegenschaften und Forderungen eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner annehmbar ergebnislos verlaufen, wenn die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen sein soll. Besteht jedoch die Bürgschaft für eine Geldforderung — was ja meist der Fall ist —, so wird es nur des Erweises der voraussichtlichen Erfolglosigkeit der Zwangsvollstreckung in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners an seinem Wohnsitz und, wenn der Hauptschuldner an einem andern Orte eine gewerbliche Niederlassung hat, auch an diesem Orte, in Ermangelung eines Wohnsitzes und einer gewerblichen Niederlassung an seinem Aufenthaltsorte bedürfen. Bei der Bürgschaft für eine Geldforderung führt also der § 772 zu einer restriktiven Auslegung des § 773 Ziff. 4 B. G. B. Regenitter,[40]) der allein, soviel zu

[39]) B. G. B. § 773 Ziff. 4.

[40]) a. a. O. § 11.

dieser Frage Stellung nimmt, geht m. E. zu weit, wenn er bei jeder, nicht nur bei einer für eine Geldforderung bestehende Bürgschaft den Nachweis der voraussichtlichen Ergebnislosigkeit einer Zwangsvollstreckung in den Grenzen des § 772 genügen läßt.

Daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird, dürfte anzunehmen sein bei notorischer Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners oder wenn derselbe Gläubiger schon wegen anderer Forderungen als der verbürgten, oder wenn sonst ein Gläubiger in letzter Zeit die Zwangsvollstreckung ohne Erfolg versucht hat oder wenn der Hauptschuldner Armenunterstützung genießt oder vielleicht gar den Offenbarungseid nach § 807 Z. P. O. geleistet hat.[41]) Die Rechtswohltat der Vorausklage wird ausgeschlossen, wenn gleichviel bei und durch welche Gelegenheit die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners hinreichend sicher zu Tage getreten ist. Dann wird die voraussichtliche Fruchtlosigkeit der Ausklagung der geschehenen gleichgestellt. Denn der vorherige Versuch einer nochmaligen Zwangsvollstreckung wäre zwecklose Formalität.[42])

Doch ist auch hier wie bei der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Hauptschuldners die Einrede der Vorausklage insoweit zulässig, als sich der Gläubiger aus einer beweglichen Sache des Hauptschuldners befriedigen kann, an der er ein Pfand- oder Zurückhaltungsrecht hat.[43]) Diese Vorschrift ist deshalb nicht als selbstverständlich entbehrlich, weil es sich bei der Befriedigung aus einem Pfand- oder Zurückhaltungsrechte nicht stets um eine Zwangsvollstreckung handelt und dann die Unan-

41) vergl. v. Staudinger, Anm. 1d zu § 773.
42) Motive Bd. 2 S. 671 ff.; Koch, S. 308 ff.; Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 2 S. 1095 Anm. 5.
43) B. G. B. § 773 Abs. 2 Halbsatz 1.

wendbarkeit des § 773 Ziff. 4 sich nicht von selbst versteht.[44]) Steht dem Gläubiger an der Sache des Hauptschuldners ein Pfand- oder Zurückhaltungsrecht auch für eine andere Forderung zu, so ist die Einrede der Vorausklage zulässig, wenn beide Forderungen durch den Wert der Sache gedeckt werden.[45]) Ist aber die Befriedigung aus der Sache nach § 773 Ziff. 2 wesentlich erschwert, so ist, da auch die Geltendmachung des Pfand- und Zurückhaltungsrechtes zur Rechtsverfolgung gehört, die Einrede der Vorausklage nach § 773 Ziff. 2 ausgeschlossen. Die Ziff. 2 des § 773 geht also seiner Ziffer 4 mit Absatz 2 vor.

Wie in Ziff. 4 des § 773 der Ausdruck „zur Befriedigung" auszulegen ist, darüber herrscht Streit. Neumann[46]) und Fischer-Henle[47]) meinen, daß die Einrede der Vorausklage nicht schon dann ausgeschlossen sei, wenn anzunehmen wäre, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners wenigstens zur teilweisen Befriedigung des Gläubigers führen wird. Diese Auslegung dürfte mit Seyfferth[48]) als unzutreffend zu bezeichnen sein. Die richtige Interpretation ergibt sich nämlich aus § 773 Abs. 2. Hier wird bestimmt, daß die Möglichkeit teilweiser Befriedigung die Einrede der Vorausklage auch nur teilweise ausschließen soll, aber nur dann, wenn jene Möglichkeit teilweiser Befriedigung auf einem Pfand- oder Zurückbehaltungsrechte an Sachen des Hauptschuldners beruht. Per argumentum e contrario kann man nun sagen: Wenn der Gläubiger sich nicht auf dieselbe bevorzugte Weise teilweise befriedigen kann, dann soll die Einrede der Vorausklage auch nicht teilweise zulässig sein. Die

[44]) Protokolle, Bd. 2, S. 476 f.

[45]) B. G. B. §§ 773 Abs. 2 Halbsatz 2 mit 772 Abs. 2 Satz 2.

[46]) Anm. 4c zu § 773.

[47]) Anm. 10 zu § 773.

[48]) a. a. O. § 16.

Worte „zur Befriedigung" heißen also soviel wie „zu vollständiger Befriedigung". Demnach ist der Gläubiger nicht verpflichtet, vor der Inanspruchnahme des Bürgen wenigstens einen Teil seiner Forderung von dem Hauptschuldner beizutreiben, wenn anzunehmen ist, daß die Zwangsvollstreckung in die Mittel des Hauptschuldners wenigstens einen Teil seiner Befriedigung ergibt. Wie der Schuldner nicht zu Teilleistungen berechtigt ist,[49]) so ist entsprechend der Gläubiger auch nicht verpflichtet, Teilleistungen anzunehmen oder bei der Bürgschaft wegen voraussichtlicher teilweiser Befriedigung die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners zu versuchen. Das Gesetz erfordert also den Nachweis der voraussichtlichen Unfähigkeit des schuldnerischen Vermögens zu vollständiger Befriedigung des Gläubigers,[50]) wenn nicht gerade ein dem Gläubiger an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners zustehendes Pfand- oder Zurückhaltungsrecht zu teilweiser Befriedigung ausreicht und verpflichtet.

Entfällt nach Beginn des Prozesses gegen den Bürgen die Voraussetzung des § 773 Ziffer 4 — sei es, daß der Hauptschuldner wieder zu Vermögen gekommen ist, sei es, daß der Gläubiger nachträglich an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners ein nicht nach § 773 Ziffer 2 erschwert realisierbares Pfand- oder Zurückhaltungsrecht erworben hat —, so kann der Bürge, solange noch tatsächliche Behauptungen vorgebracht werden können, also bis zum Abschluß der letzten Verhandlung in der Berufungsinstanz die Einrede der Vorausklage wieder erheben.[51])

---

[49]) B. G. B. § 266.

[50]) vergl. R. G. E. Bd. 22 S. 48.

[51]) Urteil des R.-G. vom 23. 7. 1907. Recht 1907 S. 1401 und v. Staudinger, Anm. 2 a. E. zu § 771.

Weiter ist die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen:

5) wenn die Bürgschaft für einen Zwangsvergleich übernommen und dieser rechtskräftig bestätigt worden ist.[52]) Aus dem rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleiche findet nämlich für die Konkursgläubiger, deren Forderungen festgestellt und vom Gemeinschuldner im Prüfungstermin nicht bestritten worden sind, nicht nur gegen den Gemeinschuldner, sondern auch gegen diejenigen, welche in dem Vergleiche für dessen Erfüllung neben dem Gemeinschuldner ohne Vorbehalt der Einrede der Vorausklage Verpflichtungen übernommen haben, die Zwangsvollstreckung unter entsprechender Anwendung der §§ 724 bis 793 Z. P. O. und des § 164 Abs. 3 K. O. statt. Es heißt „ohne Vorbehalt", nicht „unter Verzicht auf". Im Zweifel steht also dem Vergleichsbürgen die Einrede der Vorausklage nicht zu; sie kann ihm nur durch ausdrückliche Vereinbarung vorbehalten werden. Ist ein solcher Vorbehalt der Einrede der Vorausklage gemacht, dann ist § 194 K. O. unanwendbar und zwar auch dann, wenn die Einrede der Vorausklage vergeblich unternommen wird oder schon zufolge später eingetretener Ereignisse nach B. G. B. § 773 Ziff. 2—4 kraft Gesetzes ausgeschlossen ist.[53])

Weiter ist die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen:

6) wenn der Bürge ein Vollkaufmann und die Bürgschaft für ihn ein Handelsgeschäft ist.[54]) Ob die Hauptverbindlichkeit auf einem Handelsgeschäfte beruht oder für den Gläubiger die Bürgschaft ein Handelsgeschäft ist, gilt dabei gleich.[55]) Nur der Bürge muß Vollkaufmann sein. Der Begriff des Handels-

[52]) K. O. § 194.
[53]) vergl. Jaeger, Anm. 5 III zu § 194.
[54]) Staub, Anm. 22 zu § 343.
[55]) Anders im alten H. G. B.

geschäfts ist in den §§ 1 ff und 343 f. H. G. B.'s wiedergegeben. Die Einrede ist deshalb ausgeschlossen, weil im Handelsverkehre der Weg zur Befriedigung schnell zurückgelegt sein soll. Dagegen steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage zu, wenn er Minderkaufmann, d. h. ein Handwerker ist oder zu den Personen gehört, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht.[56] Der Bürge verliert auch dann die Einrede der Vorausklage nicht, wenn er nach Abschluß des Bürgschaftsvertrages Vollkaufmann geworden ist. Indessen ist die Vorschrift des § 343 H. G. B. nur dispositiv; durch Parteivereinbarung kann für den Bürgen, auch wenn er Vollkaufmann und für ihn die Bürgschaft ein Handelsgeschäft ist, die Einrede der Vorausklage ausbedungen werden. Dazu ist aber eben ein Vertrag erforderlich. Sonst steht dem Bürgen des § 349 H. G. B. die Einrede der Vorausklage nicht zu.[57]

7) Endlich[58] ist die Einrede der Vorausklage von Gesetzeswegen da ausgeschlossen, wo der Bürge haftet, der Hauptschuldner aber nicht, ohne daß jedoch die Hauptschuld selbst ungiltig wäre; so bei der beschränkten Haftung des Erben des Hauptschuldners.[59] Es handelt sich da um eine persönliche Vergünstigung der Erben, die dem Bürgen des Erblassers nach der ratio des Gesetzes und nach der positiven Vorschrift im § 768 Abs. 1 Satz 2 B. G. B. nicht zu gute kommen kann.

Ob dem Bürgen die Einrede der Vorausklage zusteht oder nicht, ist sehr wesentlich für eine nur

---

[56] vergl. H. G. B. §§ 351 und 4; auch 5 und 15.

[57] vergl. Müller, S. 39 und 40.

[58] Der Hauptfall des gemeinen Rechts: Ausschluß der Einrede der Vorausklage überhaupt bei Abwesenheit des Hauptschuldners fehlt im B. G. B. schlechthin. Die Abwesenheit als solche reicht also nach dem B. G. B. zum Ausschluß der Einrede der Vorausklage noch nicht aus.

[59] Windscheid-Kipp, Pand. § 478 a. E.

auf Zeit eingegangene Bürgschaft. Bei Verbürgung auf Zeit und bei Ausschluß der Einrede der Vorausklage muß nämlich der Gläubiger die Anzeige, daß er den Bürgen in Anspruch nehme, unverzüglich nach Ablauf der Bürgschaftszeit absenden;[60] er darf nicht, wie bei der gewöhnlichen Bürgschaft (mit der Einrede der Vorausklage) zwischen Ablauf der Bürgschaftszeit und der Anzeige erst noch das Beitreibungsverfahren gegen den Hauptschuldner einschieben.[61]

[60] B. G. B. § 777 Abs. 1 Satz 2.

[61] Cosack, Bd. I, § 158 unter VI 1b.

VI.

Die Unterschiede der Bürgschaft besonders bei Ausschluß der Einrede der Vorausklage von der Gesamtschuldnerschaft.[1]

Im B. G. B. ist nur die sog. privative Schuldübernahme geregelt, d. h. die Uebernahme einer fremden Schuld in der Weise, daß der Uebernehmende an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt.[2] Es ist aber auch möglich, daß der Uebernehmende ein Gesamtschuldner neben dem bisherigen Schuldner wird; es ist dies der Fall der sog. kumulativen Schuldübernahme. Damit wird eine Haftverstärkung für den Gläubiger erzielt wie bei der Bürgschaft, bei der ja auch der Bürge neben einem Anderen haftet. Die Institute der kumulativen Schuldübernahme und der Bürgschaft haben also eine große Aehnlichkeit miteinander, sind aber in ihrer juristischen Konstruktion und — abgesehen von der für den Gläubiger beiden gemeinsamen Haftverstärkung — in ihren Wirkungen unter einander durchaus verschieden.

[1] vergl. Brattig, §§ 5 und 6. Im Texte ist meist von der kumulativen Schuldübernahme als dem Hauptbeispiel der Gesamtschuld die Rede.

[2] B. G. B. § 414.

Der kumulative Schuldübernehmer haftet schlechthin dafür, daß die Verbindlichkeit erfüllt werde, die der bisherige Schuldner, der Vorschuldner, allein hatte; er wird Mitträger dieser Verbindlichkeit. Dies läßt sich dagegen von dem Bürgen nicht behaupten. Er erklärt nur, für den Fall einstehen zu wollen, daß der „Schuldner", der Hauptschuldner, seine Verbindlichkeit nicht erfüllt. Nur auf die Verbindlichkeit gerade dieses Schuldners bezieht sich die Verpflichtung des Bürgen. „Die Verbürgung hat eine persönliche Richtung; der Bürge haftet nicht nur für die Schuld, sondern für den Schuldner: wer sich verbürgt, verbürgt sich für eine Person".[3]) Der Hauptschuldner bleibt im Verhältnis zum Bürgen Alleinträger der Verbindlichkeit, ist eben Hauptschuldner, nicht Vorschuldner. Dies festzuhalten, ist von großer Wichtigkeit, wenn der Vorschuldner, bez. Hauptschuldner ein Gesamtschuldner ist. Dann tritt der kumulative Schuldübernehmer in das Gesamtschuldverhältnis seines Urschuldners ein und kann jederzeit vom Gläubiger zur Erfüllung der Gesamtschuld angehalten werden, ohne daß der Gläubiger zuvor einen anderen Gesamtschuldner und insbesondere denjenigen ergebnislos ausgeklagt haben muß, dessen Schuld der kumulative Schuldübernehmer übernommen hat. Der Bürge dagegen nimmt an dem Gesamtschuldverhältnis seines Hauptschuldners nicht teil und kann vom Gläubiger zur Erfüllung der Gesamtschuld rechtswirksam nur dann belangt werden, wenn der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung ohne Erfolg gegen denjenigen Gesamtschuldner versucht hat, für den als Hauptschuldner sich der Bürge verpflichtet hat. Es

---

[3]) Unger, a. a. O. Bd. 29 S. 23 f.

reicht nicht aus, daß der Gläubiger irgend einen andern Gesamtschuldner desselben Gesamtschuldverhältnisses ohne Erfolg angegriffen hat. Den Bürgen kann der Gläubiger nur in dem Falle sofort, bez. nach erfolgloser Ausklagung eines andern Gesamtschuldners als des Hauptschuldners in Anspruch nehmen, wenn die Einrede der Vorausklage, sei es nach Vereinbarung zwischen Bürgen und Gläubiger, sei es kraft Gesetzes ausgeschlossen ist.

Aber auch bei Ausschluß der Einrede der Vorausklage tritt der Bürge noch nicht in das Gesamtschuldverhältnis seines Hauptschuldners ein, wird also auch nicht Gesamtschuldner seines Hauptschuldners. Unrichtig war daher die im gemeinen Rechte sehr verbreitete Ansicht, daß der selbstschuldnerische Bürge nicht als Bürge, sondern als prinzipieller Nebenschuldner einzutreten den Willen habe.[4]) Nach dem Wortlaute des § 773 Ziff. 1 ist diese Ansicht nicht mehr haltbar.[5]) Die Akzessorietät ist eben ein charakteristicum der Bürgschaft und wird durch den Ausschluß der Subsidarität der Bürgenhaftung nicht berührt. Auch bei Ausschluß der Einrede der Vorausklage ist die Verpflichtung des Bürgen mit dem bestimmten Subjekt des Hauptschuldners verknüpft, auch bei Ausschluß der Einrede der Vorausklage steht der Bürge im übrigen einem gewöhnlichen Bürgen gleich.[6]) Auch ihm stehen alle diejenigen Behelfe, die einem Bürgen überhaupt zustehen, zu, soweit sie nicht in Widerspruch stehen mit den notwendigen Konsequenzen des Gläubigerrechts, sich an den Bürgen mit Uebergehung des Hauptschuldners zu halten. Das ergibt sich aus der Stellung des § 773 im Systeme des

[4]) Girtanner, S. 320.

[5]) v. Staudinger, Bem. 1a p zu § 773.

[6]) Oertmann, Bem. 2a zu § 773.

Gesetzbuches, aus seiner Wortfassung und aus der geschichtlichen Voraussetzung.[7]) Demnach kann auch bei Ausschluß der Einrede der Vorausklage der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern, so lange sich der Gläubiger gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners durch Aufrechnung befriedigen kann.[8]) Dagegen ist die kumulative Schuldübernahme nicht akzessorischer Natur, sondern bildet mit der Urschuld ein Gesamtschuldverhältnis, auf das die §§ 421 ff B. G. B. Anwendung finden. Insbesondere kann nach § 422 Abs. 2 die dem Urschuldner als einem Gesamtschuldner zustehende Forderung von den übrigen Gesamtschuldnern, z. B. von dem kumulativen Schuldübernehmer, nicht vorgeschützt werden, um die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern, weil er sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Schuld des Urschuldners befriedigen kann.

Eigenartig verschieden gestaltet sich auch die Rechtslage bei der Bürgschaft und der kumulativen Schuldübernahme, wenn das Recht des Gläubigers sich auf ein anfechtbares Rechtsgeschäft gründet. Solange das anfechtbare Rechtsgeschäft nicht angefochten wird, ist es giltig. Demnach kann die Haftung für die Schuld aus einem anfechtbaren Rechtsgeschäft sowohl durch Bürgschaft wie durch kumulative Schuldübernahme verstärkt werden. Kann nun der Bürge und bez. der kumulative Schuldübernehmer die vom Haupt-, bez. Urschuldner abgegebene anfechtbare Willenserklärung anfechten? Beachtlich ist, es liegt hier nicht einer der wenigen Fälle vor, in denen nach positiver gesetzlicher Bestimmung auch ein Anderer als derjenige, der die anfechtbare Willenserklärung abgegeben hat, zur Anfechtung berechtigt ist. Denn regelmäßig ist derjenige anfechtungsberechtigt, der das

[7]) vergl. R. G. E. Bd. 8 S. 260 ff und Bd. 34 S. 153 ff.

[8]) B. G. B. § 770 Abs. 1 und 2.

anfechtbare Rechtsgeschäft vorgenommen hat, bei Verträgen derjenige, zu dessen Gunsten die Anfechtbarkeit bestimmt ist.[9]) Hiernach kann weder der Bürge noch der kumulative Schuldübernehmer die anfechtbare Verbindlichkeit des Haupt- bez. Urschuldners anfechten; nur dieser kann es tun. Ficht er das anfechtbare Rechtsgeschäft an, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen. Damit wird der kumulative Schuldübernehmer frei, weil nunmehr feststeht, daß er im Augenblick der Schuldübernahme eine aus einem nichtigen Rechtsgeschäft entspringende Verbindlichkeit, also in Wahrheit gar keine Verbindlichkeit übernommen hat, während für den Bürgen nach der Anfechtung durch den Hauptschuldner mit der Gültigkeit der Hauptschuld auch die ihr akzessorische Bürgschaftsschuld hinfällig wird. Ein erheblicher Unterschied besteht aber vor der erklärten Anfechtung. Während dieses Schwebezustandes kann der kumulative Schuldübernehmer die Befriedigung des Gläubigers nicht verweigern, solange dem Urschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zu Grunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten. Dagegen ist dem Bürgen ein solches Leistungsverweigerungsrecht in Bezug auf die Befriedigung der Hauptschuld kraft der positiven Gesetzesvorschrift in § 770 Abs. 1 B. G. B. gegeben. Auch in diesem Punkte ist also der Bürge — selbst bei Ausschluß der Einrede der Vorausklage — günstiger gestellt als der kumulative Schuldübernehmer. Ja, der Bürge kann sogar die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen,[10]) auch wenn der Hauptschuldner diese Einreden erst nach Uebernahme der Bürgschaft erworben haben sollte, und er verliert eine Einrede nicht dadurch, daß der Bürge

[9]) Planck, Anm. 2 zu § 143.

[10]) B. G. B. § 768 Abs. 1 Satz 1.

auf sie verzichtet.[11]) Dagegen wirken die Einredetatsachen im Allgemeinen nur für und gegen den Urschuldner, wenn sich nicht aus dem Schuldverhältnis eine Wirkung auch für und gegen den kumulativen Schuldübernehmer ergibt.[12])

Erfüllung, Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung und Aufrechnung durch den Haupt- bez. Urschuldner sowie Verzug des Gläubigers wirken vermöge der Akzessorietät auch für den Bürgen und bez. kraft positiver Bestimmungen[13]) auch für den kumulativen Schuldübernehmer.

Wenn der Gläubiger dem Hauptschuldner durch Vertrag die Schuld erläßt oder durch Vertrag mit dem Hauptschuldner anerkennt, daß das Schuldverhältnis nicht bestehe, so erlischt das Schuldverhältnis zwischen ihnen,[14]) und vermöge der Akzessorietät erlischt auch die Verbindlichkeit des Bürgen. Dagegen wirkt ein zwischen dem Gläubiger und dem Urschuldner vereinbarten Erlaß, bez. ein zwischen ihnen über die Nichtexistenz des Schuldverhältnisses vereinbartes Anerkenntnis des Gläubigers auch für den kumulativen Schuldübernehmer, aber nur dann, wenn die Vertragschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten.[15])

Tritt eine Vereinigung, z. B. durch Erbfolge oder Uebertragung, von Forderung und Hauptschuld ein, so hat sie den Untergang der Schuld und damit der Bürgenverpflichtung wegen ihrer akzessorischen Natur zur Folge. Eine derartige Vereinigung der Forderung mit der Urschuld in der Person des Urschuldners wirkt dagegen nur für und gegen den Urschuldner, in dessen Person eben die Vereinigung

[11]) B. G. B. § 768 Abs. 2.
[12]) B. G. B. § 425.
[13]) B. G. B. §§ 422 Abs. 1 und 424.
[14]) B. G. B. § 397.
[15]) B. G. B. § 423.

eintritt; es müßte sich dann aus dem Schuldverhältnis ein Anderes, z. B. die Wirkung auch für den kumulativen Schuldübernehmer ergeben.[16])

Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend.[17]) Der Bürge haftet also auch für Aenderungen in der Hauptschuld. Dies gilt insbesondere auch, wenn die Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners geändert wird.[18]) Verzug und Verschulden des Urschuldners jedoch wirkt gegen den kumulativen Schuldübernehmer in aller Regel nicht. Dieser haftet also für den dem Gläubiger durch Verzug oder Verschulden des Urschuldners entstandenen Schaden gewöhnlich nicht.[19]) Insofern steht der kumulative Schuldübernehmer günstiger da als der Bürge.

Aber auch der Gläubiger hat bei der kumulativen Schuldübernahme gegenüber der Bürgschaft — auch bei Ausschluß der Einrede der Vorausklage — eine bessere Stellung, weil es bei der kumulativen Schuldübernahme eine allgemeine Diligenzpflicht, wie sie im § 776 für die Bürgschaft teilweise geregelt ist, nicht gibt. Der kumulative Schuldübernehmer ist ja Schuldner, nicht bloßer Bürge; er haftet für seine Schuld, nicht für die Schuld eines andern. Daher kann der kumulative Schuldübernehmer niemals an der sorglichen Bewahrung etwaiger Befriedigungsmittel, die gegenüber dem Urschuldner dem Gläubiger zustehen, rechtlich interessiert sein.

Hat der Bürge den Gläubiger befriedigt, so geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner kraft Gesetzes vermöge der bloßen Zahlung

---

[16]) B. G. B. § 425.
[17]) B. G. B. § 767 Abs. 1 Satz 1.
[18]) B. G. B. § 767 Abs. 1 Satz 2.
[19]) B. G. B. § 425.

auf den Bürgen über.[20]) Ein solches Regreßrecht hat dagegen der kumulative Schuldübernehmer nur für den Fall,, daß er es sich besonders ausbedungen hat. Aber auch dann handelt es sich nur um eine lediglich dem Verhältnis zwischen Urschuldner und Uebernehmer entstammenden Forderung; es geht also nicht die alte Forderung des Gläubigers auf den Uebernehmer über.[21])

Nun kann nicht bestritten werden, daß bei der kumulativen Schuldübernahme durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Uebernehmer alle aus der akzessorischen Natur der Bürgschaftsverpflichtung für diese resultierenden Eigenheiten vereinbart werden können, sodaß die kumulative Schuldübernahme ebenso akzessorischen Charakter annehmen würde wie ihn die selbstschuldnerische Bürgschaft schon hat. Aber auch dann besteht noch ein wesentlicher Unterschied zwischen der akzessorischen kumulativen Schuldübernahme und der Bürgschaft ohne die Einrede der Vorausklage. Zur Giltigkeit des Bürgschaftsvertrages ist nämlich schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich,[22]) während zur Giltigkeit der kumulativen Schuldübernahme schriftliche Erklärung der Uebernahme nirgends vorgeschrieben ist. Die Vorschrift des § 766 B. G. B. auf die kumulative Schuldübernahme analog anzuwenden, scheitert daran, daß § 766 B. G. B. als Ausnahmebestimmung ihre analoge Anwendung verbietet. Trotzdem erklärt die Reichsgerichtsentscheidung vom 20. 3. 1903:[23]) Die kumulative Schuldübernahme sei ihrem materiellen Wesen und Erfolgen nach ein der Bürgschaft, insbesondere der selbstschuldnerischen Bürgschaft derart

---

20) B. G. B. § 774 Abs. 1 Satz 1.

21) vergl. Lippmann, a. a. O. Bd. 48 S. 329 f.

22) B. G. B. § 766 Satz 1.

23) R. G. E. Bd. 51 S. 120 ff.

ähnliches Institut, daß die Gründe, welche den Gesetzgeber zu der Formvorschrift des § 766 geführt hätten, auch für die kumulative Schuldübernahme heranzuziehen seien. Diese Entscheidung legt das Hauptgewicht auf die Seite des Uebernehmers zum Gläubiger und verkennt im übrigen die erheblichen Unterschiede der beiden Rechtsinstitute trotz ihrer anscheinend großen Aehnlichkeiten. Mit Recht wird daher die genannte Reichsgerichtsentscheidung fast allgemein in der Literatur und Praxis abgelehnt.[24]) Der kumulative Schuldübernehmer weiß von vornherein, daß auch er ein primär Verpflichteter ist, während sogar bei der selbstschuldnerischen oder sonstwie der Einrede der Vorausklage entbehrenden Bürgschaft im Volke die Anschauung wurzelt, der Bürge sei erst in zweiter Linie in Anspruch zu nehmen.[24]) Es war daher zu bedauern, daß der höchste deutsche Gerichtshof in der erwähnten Entscheidung für die kumulative Schuldübernahme eine Schriftform zur Giltigkeit der Uebernahmeerklärung forderte. Mit umso größerer Freude ist zu begrüßen, daß derselbe Senat in seinem Erkenntnis vom 14. 11. 1904[25]) der richtigen Ansicht huldigt. Für die kumulative Schuldübernahmeerklärung kann also Schriftform nicht verlangt werden und dies selbst dann nicht, wenn die aus der akzessorischen Natur der Bürgschaft resultierenden Eigenheiten für die kumulative Schuldübernahme vertragsmäßig festgesetzt werden[26]) Denn die Gefahr der Uebereilung, die für die Bürgschaftserklärung die Schriftform anzuordnen den Gesetzgeber veranlaßt hat, besteht nicht für einen kumulativen Schuldübernehmer von so eingehenden Kenntnissen, wie sie die Festsetzung einer akzessorischen

[24]) vergl. v. Staudinger, Anm. a zu § 766 und die dort Angeführten.
[25]) R. G. E. Bd. 59 S. 232 ff.
[26]) vergl. auch R. G. E. Bd. 60 S. 263.

kumulativen Schuldübernahme erheischt. Praktisch ist diese Frage deshalb von untergeordneter Bedeutung, weil die Parteien den mit einer akzessorischen kumulativen Schuldübernahme erreichbaren Erfolg viel leichter durch Eingehung einer Bürgschaft mit Ausschluß der Einrede der Vorausklage erzielen können.

VII.

a) Die Einrede der Vorausklage bei der Schadloshaltungsbürgschaft.

Die Schadloshaltungsbürgschaft ist die Bürgschaft für denjenigen Betrag einer Forderung, der vom Hauptschuldner nicht erlangt werden kann. Der Gläubiger hat nur das Recht, diejenige Summe vom Bürgen zu verlangen, die er vom Hauptschuldner nicht beizutreiben vermag. Erst die ganz oder teilweise erfolgte Ausklagung läßt eine Schuld des Bürgen erstehn. Im Augenblick der Eingehung der Schadloshaltungsbürgschaft weiß daher niemand, ob und wieviel der Bürge für den Gläubiger wird leisten müssen. Die Bürgschaftsschuld schwebt sowohl ihrer Existenz als ihrem Betrage nach in Ungewißheit; sie schafft eine causa, die den Schadloshaltungsbürgen nur eventuell und in unbestimmter Höhe haftbar macht. Da die Bürgschaftsschuld erst durch die auch im Klagewege nicht behebbare Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit und auch dann nur in Höhe des nicht beitreibbaren Betrags entsteht, so kann der Schadloshaltungsbürge in allen Fällen die Befriedigung verweigern, bis der Hauptschuldner erfolglos ausgeklagt ist. Schon aus dem Wesen der Schadloshaltungsbürgschaft ergibt sich das Recht des Bürgen, die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern,

solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat. Dieses Recht des Bürgen ist der Schadloshaltungsbürgschaft essentiell, ist begrifflich von ihr untrennbar. Die Schadloshaltungsbürgschaft ist stets subsidiär; die Subsidiarität beruht weniger auf dem § 771 B. G. B., als vielmehr auf dem Wesen der Schadloshaltungsbürgschaft. Bei ihr gehört also die Behauptung vorheriger erfolgloser Ausklagung mit zum Klaggrund. Sonst kann nie ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten (Bürgen) ergehen. Hier ist nämlich die vorherige Ausklagung ein von Amtswegen zu berücksichtigender Umstand. Es handelt sich um eine Einrede im weiteren Sinne, es handelt sich um eine Einwendung. Macht der Bürge den Mangel der vorherigen Ausklagung geltend, so leugnet er damit den Klaggrund. Er ist ja dem Gläubiger nur für den vom Hauptschuldner auf keine Weise zu erlangenden Betrag der verbürgten Forderung verhaftet. Daraus folgt weiter, daß man auch bei Schadloshaltungsbürgschaften für Geldforderungen die Schranken des § 772 B. G. B. fallen lassen muß.[1] Der Gläubiger muß vor Inanspruchnahme des Schadloshaltungsbürgen die Zwangsvollstreckung auch in die unbeweglichen Sachen und in die Forderungen des Hauptschuldners betrieben haben und zwar gleichviel, wo das Vermögen des Hauptschuldners angreifbar ist; es braucht dies nicht nur am Wohnsitze, am Orte der gewerblichen Niederlassung und am Aufenthaltsorte des Hauptschuldners der Fall zu sein. Steht dem Gläubiger ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht zu an irgendeinem Gegenstande — nicht nur an einer beweglichen Sache und nicht nur des

[1] Seyffert, § 15.

Hauptschuldners —, so muß er auch aus diesem Gegenstande Befriedigung suchen. Steht dem Gläubiger ein solches Recht auch für eine andere Forderung zu, so gilt dies auch dann, wenn beide Forderungen durch den Wert der Sache nicht gedeckt werden. Der Gläubiger wird bei der Schadloshaltungsbürgschaft der Mühe der Vorausklagung des Hauptschuldners nicht enthoben, wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner irgendwie wesentlich erschwert ist oder wenn anzunehmen ist, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers führen wird. Auch kann der Schadloshaltungsbürge nicht schon dann belangt werden, wenn über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs eröffnet ist, sondern erst, wenn das Ergebnis des Konkursverfahrens und damit die Höhe des Ausfalls des Gläubigers feststeht.[2]) Kann sich in den 2 letzterwähnten Fällen der Gläubiger an einem Gegenstande — wiederum nicht nur an einer beweglichen Sache und wiederum nicht nur des Hauptschuldners — vermöge eines Pfand- oder Zurückbehaltungsrechtes befriedigen, so muß er auch diese Art der Befriedigung zunächst versuchen; dies gilt auch dann, wenn dem Gläubiger ein solches Recht an dem Gegenstande auch für eine andere Forderung zusteht und beide Forderungen nicht durch den Wert der Sache gedeckt werden Auch bei der Schadloshaltungsbürgschaft des Vollkaufmanns in seinem Geschäftsbetriebe, auch bei der für einen Zwangsvergleich kann der Schadloshaltungsbürge nur nach vorheriger Ausklagung des Hauptschuldners belangt werden. Wie hiernach die Vorausklage kraft Gesetzes nie ausgeschlossen ist, so kann die Subsidiarität, weil sie essentiell für die

2) v. Staudinger, Anm. 6c. zu § 771.

Schadloshaltungsbürgschaft ist, auch durch Parteivereinbarung, etwa durch Verzicht des Schadloshaltungsbürgen, nicht wegbedungen werden; Schadloshaltungsbürgschaft ohne Vorausklage des Hauptschuldners ist ein Widerspruch in sich. Wenn gleichwohl die Parteien das Recht der Vorausklage bei einer Schadloshaltungsbürgschaft ausschließen, so handelt es sich eben nicht mehr um eine wahre Schadloshaltungsbürgschaft. Trotzdem wäre ein solcher Vertrag nicht ungiltig. Man darf nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks haften, wird vielmehr bei Auslegung der Willenserklärungen als den wirklichen Willen der Parteien folgendes hinzustellen haben:[3] Die Parteien wollen mit ihrer Schadloshaltungsbürgschaft ohne die Vorausklage eine gewöhnliche Bürgschaft schließen, bei der die Diligenzpflicht des Gläubigers gesteigert werden sollte bis zum Grade derjenigen und viel intensiveren des Gläubigers bei der Schadloshaltungsbürgschaft. Denn an diesen werden hinsichtlich der Sorglichkeit größere Ansprüche gestellt werden müssen, als an den Gläubiger gestellt werden dürfen, dem sich jemand als gewöhnlicher Bürge verpflichtet hat. Leise Bedenken müssen zu genauen Erkundigungen veranlassen, eingehende Revisionen bei Kassenbeamten sind unerläßlich.[4]

Verletzt der Gläubiger die Diligenzpflicht, so nimmt das Recht des Bürgen, die Vorausklagung des Hauptschuldners zu verlangen, peremtorischen Charakter an: der Bürge wird für immer frei.[5]

---

[3]) vergl. B. G. B. § 133.

[4]) vergl. Hasenbalg, S. 537.

[5]) vergl. oben unter IV a E.

b) Die Einrede der Vorausklage bei der Nachbürgschaft.

Bei der gewöhnlichen Bürgschaft beruht die Einrede der Vorausklage auf der positiven Gesetzesbestimmung des § 771 B. G. B., bei der Schadloshaltungsbürgschaft folgt sie aus dem Wesen dieser. Die Befugnis, den Gläubiger auf die Vorausklagung eines Anderen verweisen zu dürfen, kann aber auch im Wege eines besonderen Vertrages erzeugt werden. Es verpflichten sich mehrere einem Gläubiger dahingehend, daß sie nur in einer bestimmten Reihenfolge um Befriedigung angegangen werden können. Dieses Verhältnis kommt insbesondere bei mehreren Bürgen vor, indem sich der eine als Vorbürge, speziell als Hauptbürge, der andere als Nachbürge und damit als weiteren Rückhalt für den Gläubiger bezeichnet.[6]) Hält der Gläubiger den vereinbarten ordo conventionis nicht ein und belangt er einen Nachmann unter Ueberspringung des Vorgängers, so kann er durch Erhebung der Einrede der Vorausklage seitens des zu Unrecht zu früh Belangten an den zunächst Verpflichteten verwiesen werden. Bis zur Ausklagung des Vormanns hat der Nachmann das Recht, die Leistung an den Gläubiger zu verweigern. Es handelt sich um ein Leistungsverweigerungsrecht im technischen Sinne. Der in Anspruch Genommene stellt mit der Einrede der Vorausklage dem Gläubiger Tatsachen entgegen, die den Bestand des Anspruchs nicht berühren, sondern die ihn nur hemmen und zwar vorübergehend hemmen. Es handelt sich also um eine echte dilatorische Einrede auch bei der Nachbürgschaft. Der Nachbürge, auch After- oder Ueberbürge genannt, ist ein gewöhnlicher Bürge für die von seinem Vorbürgen, seinen Hauptbürgen, eingegangene Bürg-

[6]) Endemann, Bd. 1, Anm. S. 812.

schaftsverpflichtung. Er ist fideiussor fideiussoris. Hieraus folgt von selbst, daß dem Nachbürgen in Beziehung auf die Bürgschaftsverpflichtung des Vorbürgen die Einrede der Vorausklage in gleicher Weise zusteht wie jedem andern Bürgen.[7]) Er kann aber auch die seinem Hauptbürgen zustehende Einrede der Vorausklage geltend machen (B. G. B. § 768 Abs. 1 Satz 1) und so den Gläubiger an den Hauptschuldner verweisen. Steht dem Hauptbürgen die Einrede der Vorausklage kraft Gesetzes nicht zu, so kann auch der Nachbürge sich der Einrede der Vorausklage aus der Person des Hauptbürgen nicht bedienen, kann also den Gläubiger nicht an den Hauptschuldner verweisen; dagegen steht dem Nachbürgen die Einrede der Vorausklage aus seiner Person in allen Fällen noch zu, wenn sie nicht auch dem Hauptbürgen gegenüber für ihn kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, und der Nachbürge kann also den Gläubiger zwar nicht an den Hauptschuldner, wohl aber an seinen Hauptbürgen verweisen. Hat der Hauptbürge die Einrede der Vorausklage durch Verzicht oder andere Parteivereinbarung ausgeschlossen, so muß man zwei Fälle unterscheiden. War die Einrede der Vorausklage durch Parteivereinbarung für den Hauptbürgen schon ausgeschlossen, als sich der Nachbürge verbürgte, so ist dies wirksam auch für den Nachbürgen; er kann den Gläubiger nicht an den Hauptschuldner verweisen. Auf die Kenntnis des Nachbürgen kommt nichts an, er hätte sich darum kümmern müssen. War jedoch der Ausschluß der Einrede der Vorausklage vom Hauptbürgen und Gläubiger erst nach der Eingehung der Nachbürgschaft vereinbart worden, so konnte der

---

[7]) v. Staudinger, Bem. 6 zu § 771.

Hauptbürge dadurch die Verpflichtung des Nachbürgen nicht erweitern:[8]) in diesem Falle steht also dem Nachbürgen die Einrede der Vorausklage auch aus der Person des Hauptbürgen noch zu. Der Verzicht des Hauptbürgen nach Eingehung der Nachbürgschaft wirkt also nur inter partes.[9]) Man kann also schlechthin es weder als richtig noch als unrichtig[10]) bezeichnen, wenn behauptet wird, man könne die vorherige Ausklagung des Hauptschuldners vor der Inanspruchnahme des Hauptschuldners auch dann verlangen, wenn dem Hauptbürgen die die Einrede der Vorausklage nicht zustehe. Dieser Satz ist, wie erwähnt, nur richtig für alle Fälle, wo kraft Gesetzes und bei Parteivereinbarung nur für die Fälle, wo schon zur Zeit der Eingehung der Nachbürgschaft die Einrede der Vorausklage für den Hauptbürgen ausgeschlossen war. Wenn nur der Nachbürge seinerseits — nicht auch der Hauptbürge — der Einrede der Vorausklage entsagt haben sollte, so wird der Nachbürge den Gläubiger zwar nicht mehr an den Hauptbürgen, hingegen aber immer noch an den Hauptschuldner verweisen dürfen, indem er sich der dem Hauptbürgen noch zustehenden Einrede der Vorausklage aus dessen Person bedient;[11]) er müßte denn ausdrücklich oder stillschweigend auch auf diese Befugnis verzichtet haben.

Wie bei der gewöhnlichen Bürgschaft, so nimmt auch bei der Nachbürgschaft bei Verletzung der Diligenzpflicht durch den Gläubiger die Einrede der Vorausklage in aller Regel peremtorischen Charakter an.

---

[8]) **B. G. B.** § 767 Absatz 1 Satz 3.

[9]) **Motive, Bd. II S. 672.**

[10]) So **Planck**, Anm. 3a zu § 773; **Neumann**, Anm. 5a § 773; **Lichtlen**, a. a. O. **Bd. 31** S. 165; **Landé**, Anm. 2 zu § 773; **Goldmann-Lilienthal**, **Bd. I** S. 817 Anm. 23.

[11]) **B. G. B.** § 768 Abs. 1 Satz 1.

Nachbürgschaft wie Hauptbürgschaft können auch als Schadloshaltungsbürgschaft eingegangen werden. Es finden dann die für die Schadloshaltungsbürgschaft im allgemeinen gezogenen Folgerungen sinngemäße Anwendung. Haben beide Bürgschaften die Form der Schadloshaltungsbürgschaft angenommen, so handelt es sich bei beiden nicht mehr um eine Einrede der Vorausklage im technischen Sinne, sondern um eine Einwendung der Vorausklage. Die Ausklagung des Hauptschuldners und des Hauptbürgen muß in der bei der Schadloshaltungsbürgschaft entwickelten intensiven Weise geschehen. Kraft Gesetzes oder durch Verzicht erübrigt sich die Ausklagung nie; letzterenfalls ist die Schadloshaltungsnach- bez. hauptbürgschaft nur eine gewöhnliche Bürgschaft mit der gesteigerten Diligenzpflicht des Gläubigers.

Ist nur die Hauptbürgschaft eine Schadloshaltungsbürgschaft, die Nachbürgschaft dagegen eine gewöhnliche Bürgschaft, so hat die Einrede der Vorausklage des Nachbürgen aus seiner Person gegenüber dem Hauptbürgen die gesetzlichen Folgen des B. G. B., dagegen aus der Person des Hauptbürgen gegenüber dem Hauptschuldner die der Schadloshaltungsbürgschaft begrifflich eigentümlichen, stärkeren Wirkungen. Ist umgekehrt die Hauptbürgschaft nur eine gewöhnliche Bürgschaft, die Nachbürgschaft dagegen eine Schadloshaltungsbürgschaft, so genießt der Nachbürge aus seiner Person die intensiveren Wirkungen die Einrede der Vorausklage der Schadloshaltungsbürgschaft nur gegenüber dem Hauptbürgen, aus der Person des Hauptbürgen gegenüber dem Hauptschuldner hat er nur die Vorteile der Einrede der Vorausklage der gewöhnlichen Bürgschaft.

c) Die Einrede der Vorausklage bei der Rückbürgschaft.

Rückbürgen nennt man denjenigen, der sich einem Bürgen, dem Hauptbürgen, dafür verpflichtet, daß der Hauptschuldner die Hauptschuld gehörig erfüllen werde. Der Rückbürge steht also dem Hauptbürgen dafür ein, daß sein eventueller Ersatzanspruch gegen den Hauptschuldner von Erfolg sein wird. Für den Rückbürgen ist also der Hauptbürge der Gläubiger, der Gläubiger aus der Hauptschuld steht zu diesem Verhältnis außerhalb einer näheren Beziehung. Die Rückbürgschaft zeignet sich durch keine Besonderheit aus, auch nicht hinsichtlich der Einrede der Vorausklage. Diese Einrede steht dem Bürgen, also auch dem Rückbürgen gewöhnlich zu; er ist berechtigt, den Hauptbürgen wegen der an ihn zu erstattenden Leistung, die er an den Gläubiger für den Hauptschuldner hat bewirken müssen, an den Hauptschuldner solange zu verweisen, bis er die Zwangsvollstreckung wegen seines Regreßanspruchs gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat.[12]) Warum der Hauptbürge den Gläubiger hat befriedigen müssen, ob nach vorheriger Ausklagung des Hauptschuldners oder ohne diese, gilt für den Rückbürgen gleich. Ersterenfalls dürfte sich dem Rückbürgen gegenüber die Vorausklagung des Hauptschuldners durch den Hauptbürgen nach § 773 Ziffer 4 erübrigen. Ist die Vorausklagung des Hauptschuldners für den Gläubiger kraft Gesetzes ausgeschlossen, so wird sie auch regelmäßig für den Hauptbürgen erlassen sein. Man muß eben das stets im Auge behalten, daß es sich für den Gläubiger wie für den Hauptbürgen stets um dieselbe Forderung gegen denselben Hauptschuldner

[12]) v. Staudinger, Bem. 6b zu § 771.

handelt. Auch der Hauptbürge hat eine Diligenzpflicht hinsichtlich seines Regreßanspruchs, bei deren Versetzung die Einrede der Vorausklage für den Rückbürgen peremtorischen Charakter annimmt.

Auch die Rückbürgschaft kann die Form der Schadloshaltungsbürgschaft annehmen, gleichviel ob die Hauptbürgschaft diese Gestaltung hat oder nicht hat. Es sind dann die bei der Schadloshaltungsbürgschaft für sie aus ihrem Wesen gezogenen Folgerungen sinngemäß anzuwenden. Ist auch die Hauptbürgschaft Schadloshaltungsbürgschaft, so muß trotz der seitens des Gläubigers gegen den Hauptschuldner mit allen Mitteln versuchten Befriedigung der Hauptbürge nochmals auf jede Art und Weise seinen Regreßanspruch vom Hauptschuldner beizutreiben versuchen. Ist nur die Hauptbürgschaft Schadloshaltungsbürgschaft, so ist gegen den Rückbürgen nach vergeblichem Befriedigungsversuch des Gläubigers bei dem Hauptschuldner § 773 Ziff. 4 gegen den Rückbürgen stets gegeben.

b) Die Einrede der Vorausklage bei dem Kreditauftrag.

Der Gegensatz zwischen Bürgschaft und Kreditauftrag ist im B. G. B. beibehalten. Letzterer ist mit unter dem mit „Bürgschaft" überschriebenen 18. Titel des Rechtes der Schuldverhältnisse im letzten § 778 behandelt, wo es heißt: „Wer einen Andern beauftragt, in eignem Namen und auf eigne Rechnung einem Dritten Kredit zu gewähren, haftet für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten dem Beauftragten als Bürge." Beachtlich ist, daß hier eine Hauptverbindlichkeit zunächst noch gar nicht besteht. Zum Unterschied von der gewöhnlichen

Bürgschaft hat beim Kreditauftrage der Auftraggeber das Recht auf Vollziehung der Kreditgewährung an den Dritten;[13]) auch ist der Kreditauftrag widerruflich, die Bürgschaft nicht.[14]) Ist der Kredit auftragsgemäß gegeben worden, so haftet der Kreditauftraggeber wie ein Bürge, hat aber auch die diesem gewährten Vorteile, insbesondere genießt er in aller Regel die Rechtswohltat der Vorausklage als Einrede, wenn sie nicht durch Parteivereinbarung oder kraft Gesetzes ausgeschlossen ist.[15]) Besonderheiten sind nicht zu konstatieren.

e) Eine Einrede der Vorausklage beim Garantieversprechen kann es nicht geben, weil es nicht akzessorischer Natur ist, sondern eine selbständige Verbindlichkeit begründet, indem es die Unterstützung geplanter Unternehmungen dadurch bezweckt, daß man deren Risiko ganz oder teilweise auf sich nimmt[16]).

f) Die Einrede der Vorausklage bei der Wechselbürgschaft.

Das preußische Allgemeine Landrecht[17]) stellte den Wechselbürgen, Avalisten, dem zivilrechtlichen Bürgen gleich und gab ihm insbesondere auch die Rechtswohltat der Vorausklage. Im gemeinen Recht war bestritten, ob die Wechselbürgschaft subsidiär sei oder nicht; eine übereinstimmende Rechtsübung bildete sich nicht. Nach der heutigen Wechselordnung[18]) hat kein

---

[13]) Oertmann, Bd. II, S. 833 f., Anm. 2.

[14]) Seuffert, Archiv Bd. 59 S. 445.

[15]) v. Staudinger, Anm. zu § 778.

[16]) Oertmann, Bd. II, S. 716 Anm. 2d.

[17]) Teil 1 Tit. 14 § 296: „Wer für eine Wechselschuld sich verbürgt hat, kann belangt werden, sobald die Wechselexekution gegen den Hauptschuldner fruchtlos vollstreckt ist oder wegen seiner Entfernung nicht vollstreckt werden kann." Vergl. auch Gentsch, § 6.

[18]) Artikel 81 Satz 3.

Wechselverpflichteter als solcher die Einrede der Vorausklage. Die Verbürgung in der Wechselform ist ausschließlich Wechselverpflichtung. Ohne Weiteres stehen daher dem Avalisten die aus der zivilrechtlichen Bürgschaft abgeleiteten Einreden nicht zu. Der Wechselbürge haftet völlig selbständig, genießt deshalb auch nicht die Einrede der Vorausklage. Er ist aber nicht Selbstschuldner, sondern Gesamtschuldner, der sich durch einseitigen Skripturakt verpflichtet. Dabei hat aber das Aval insofern einen formell akzessorischen Anstrich, als es unwirksam ist, wenn die Wechselhauptverbindlichkeit ungültig war oder wird.

Irrig ist hiernach die heutigentags vereinzelt vertretene Auffassung, das Aval sei lediglich die in gewissen Beziehungen modifizierte Bürgschaft des Zivilrechts, also nicht nur formell-, sondern auch materiellrechtlich akzessorischer Natur; wie durch das B. G. B., so sei auch durch die W. O. dem Wechselbürgen die Einrede der Vorausklage entzogen und durch Artikel 82 ein weiterer Unterschied von der zivilrechtlichen Bürgschaft begründet worden [19]). Irrig ist diese Auffassung, weil sie verkennt, daß man durch Unterzeichnung einer Wechselerklärung als Wechselbürge eine eigne, selbständige, kumulative, solidarische Wechselverpflichtung übernimmt [20]).

Dagegen steht nichts im Wege für eine Wechselverbindlichkeit eine zivilrechtliche Bürgschaft mit und ohne Einrede der Vorausklage einzugehen, was der Kaufmann mündlich oder was man schriftlich außerhalb des Wechsels oder auf demselben tun kann. Letzterenfalls muß sich aber aus dem Skripturakt unzweifelhaft ergeben, daß der sich Verbürgende als zivilrechtlicher Bürge haften will, nicht als Wechselschuldner. Der bloße Zusatz „als Bürge", „per aval"

[19]) Katzenstein, S. 4.

[20]) R. G. E. Bd. 40 S. 58.

und ähnliche kurze Bezeichnungen reichen nicht aus[21]). Die Klage gegen einen für eine Wechselverbindlichkeit verpflichteten zivilrechtlichen Bürgen ist keine Wechselklage, gehört nicht zur Wechselgerichtsbarkeit[22]), unterliegt auch nicht der kurzen Wechselverjährungsfrist. Vielmehr sind die Vorschriften für die gewöhnliche zivilrechtliche Bürgschaft maßgebend[23]).

Die Parteien können aber auch vereinbaren, daß die Verbürgung trotz der Wechselform nur zivilrechtliche Wirkung haben solle[24]); freilich muß dann die Form des Zivilrechts gewahrt sein[25]). Diese Absicht der Parteien muß sich aber unzweideutig aus den Abreden der Beteiligten ergeben; im Zweifel ist sie nie anzunehmen. Die Parteien können auch eine zweifache Verbürgung, die gewöhnliche zivilrechtliche und die wechselrechtliche, beabsichtigen und vereinbaren[26]). Aber alle derartige Verabredungen wirken nur inter partes, nie gegen Dritte, es sei denn, daß ihnen die Verabredungen bekannt sind.

---

[21]) W. O. Art. 81.
[22]) Z. P. O. §§ 602 ff.
[23]) Schottelius, S. 47.
[24]) R. G. E. Bd. 40 S. 60.
[25]) B. G. B. § 756, H. G. B. § 350.
[26]) R. G. E. Bd. 4 S. 11.

VIII.

Die Regelung der Beweislast.

Ganz unerwähnt blieb bisher die Regelung der Beweislast bei der Einrede der Vorausklage. Irrigerweise wurde vielfach die Frage der Beweislast mit derjenigen nach der rechtlichen Natur der Einrede der Vorausklage verquickt. Ob der Rechtsbehelf des § 771

B. G.-B. sich als Einrede oder als Prozeßvoraussetzung darstellt, ist für die Verteilung der Beweislast ganz ohne Belang. Es wäre falsch, wollte man das, was nur eine zufällige Folge des Gebrauchs einer Einrede ist, nämlich der dem Beklagten obliegende Beweis der tatsächlichen Grundlagen seines exzeptirischen Vorbringens, als einen wesentlichen Bestandteil ihrer Substanz und so als ein Kennzeichen ihres Begriffs auffassen[1]). Wie jede Klage, so enthält auch jede Einrede einen Syllogismus, der sich aus dem Rechtsgrund als Obersatz, dem geschichtlichen Fundament als Untersatz und der aus diesen beiden Prämissen gezogenen Schlußfolgerung zusammensetzt[1]). Reus in exceptione actor est. Wie der Kläger die seinen Anspruch stützenden Tatsachen vorbringen und im Streitfalle beweisen muß, so hat auch der Beklagte das Bestehen der geschichtlichen Voraussetzungen seiner Einrede darzutun. Klagt jemand auf Erfüllung eines ihm erteilten Versprechens, so muß er nur die rechtsgültige Erteilung des Versprechens nachweisen. Sache des Beklagten ist es, wenn er die Einrede aus § 519 B. G.-B. erhebt, zu behaupten und zu beweisen, daß er das Versprechen nur schenkweise gegeben habe und daß er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außer stande sei, das Versprechen zu erfüllen, ohne daß sein standesmäßiger Unterhalt oder die Erfüllung der ihm Kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltungspflichten gefährdet wird. Bei der Einrede der Vorausklage bei der Bürgschaft sind die faktischen, der Klage entgegentretenden Umstände einigermaßen verdeckt; sie bestehen in dem Dasein eines Hauptschuldners. Da aber dies schon der Kläger in seiner Klage gegen den Bürgen vorbringen muß, die gesamten Tatfragen also schon beim Beweise des Klaggrundes mit zur Sprache

[1]) Pfeifer, § 2.

kommen, so ist bei der bürgschaftlichen Einrede der Vorausklage der Bürge in Wirklichkeit eines jeglichen Beweises überhoben, weil die Entstehung seines Rechtes gesetzliche Folge der Bürgschaft ist. In demselben Augenblick, wo der Gläubiger gegen den Bürgen klagt und ihm die Einrede der Vorausklage entgegengesetzt wird, hat der Gläubiger das Bestehn der Einrede zugegeben. Der Einredetatbestand ergibt sich also aus dem vom Kläger behaupteten Tatbestande von selbst [2]). So schon ganz zutreffend Regeniter [3]) und Herms [4]). Diese Art Schlußfolgerung bestreitet zu Unrecht Schill [5]). Er meint, Regeniter begehe einen Fehler deshalb, weil der Bürge Behauptungen, auf die er seine Einrede stütze, noch nicht bewiesen habe, wenn er deren Entstehung auf eine Gesetzbestimmung zurückführe; zu beweisen seien die spezifisch rechtserzeugenden Tatsachen; dazu gehörten auch die konkreten historischen Tatsachen, also in unserem Falle der Beweis dafür, daß der Gläubiger nicht versucht habe, vom Hauptschuldner Befriedigung zu erlangen; sonst genüge der Beklagte seiner Einredepflicht nicht. Diese Auffassung Schills geht zu weit und führt hinsichtlich der Beweislast in die Irre. Das Gesetz gibt nun einmal in aller Regel dem Bürgen die Einrede der Vorausklage: besteht die Bürgschaft, so ist damit zugleich gesagt, daß dem Bürgen die Einrede der Vorausklage besteht. Zu den spezifisch rechtserzeugenden Tatsachen gehört lediglich das Bestehen des Bürgschaftsverhältnisses, dagegen nicht der Nachweis dafür, daß der Gläubiger nicht versucht habe, vom Hauptschuldner

[2]) Weil die Einrede der Vorausklage keinen selbständigen, d. h. besonders zu erweisenden Tatbestand hat, nennt sie Leonhard, a. a. O., S. 165 eine tatbestandslose Einrede.

[3]) S. 66.

[4]) S. 29.

[5]) S. 68.

Befriedigung zu erlangen. Diesen Nachweis hat nicht der Bürge zu führen, sondern der Gläubiger muß dartun, daß das Resultat seiner Bemühungen, aus dem Vermögen des Hauptschuldners Befriedigung zu erlangen, in einer erfolglos versuchten Zwangsvollstreckung in dessen Vermögen bestehe oder zufolge eines anderen Umstandes sich die vorherige Ausklagung des Hauptschuldners erübrigt habe.

Die Ansicht Schills folgt der früheren [6]) Ansicht Schollmeyers [6]), die dieser folgendermaßen erläuterte: den Beweis dafür, daß die Ausklagung, bezw. Zwangsvollstreckung seitens des Gläubigers noch nicht erfolgt sei, müsse der Bürge erbringen und zwar deshalb, weil derjenige, der eine Einrede vorbringe, auch für deren Grundlagen beweispflichtig sei. Diese Ansicht ist deshalb nicht haltbar, weil es den allgemein gültigen Satz: der eine Einrede Vorschützende sei auch für die Einredetatsachen beweispflichtig, nicht gibt. Dieser Satz durchbricht das B. G. B. selbst an verschiedenen Stellen, sobald nach dem Wesen der Einrede die Beweislast anders geregelt werden muß; so in den §§ 358, 442, 542 III. In diesen Fällen hat auch der Gegner des Einredeberechtigten die Beweislast. Daraus kann aber nicht per argumentum e contrario geschlossen werden, daß in den übrigen, vom Gesetz nicht hervorgehobenen Fällen die Einredetatsachen vom Beklagten bewiesen werden müßten. Denn der Gesetzgeber hat seine ursprüngliche Absicht, die Beweislast im B. G. B. zu regeln, nicht durchgeführt. Man kann daher aus den soeben angeführten §§ durch Analogieschluß die richtige Ansicht stützen. Gemeinschaftlich ist ihnen das Moment, daß sich ein Recht auf eine negative Behauptung gründet, gemeinschaftlich ist ihnen die Folge, daß die Behauptungen der einen Partei

[6]) Schollmeyer, 1897, S. 86.

durch den Beweis des Gegners zu entkräften sind, also durch den Beweis der Positive. Ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio. Auch muß man der irrigen Ansicht Schollmeyers entgegenhalten, daß der Bürge ein Recht hat zu verlangen, daß der Gläubiger vorerst eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner vornehme. Die Vorausklagung ist gleichsam eine Bedingung für das einwandfreie Bestehen der Gläubigerforderung gegen den Bürgen. Wie bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrags der Kläger darlegen muß, daß er seiner Verpflichtung nachgekommen ist, wenn der beklagte Schuldner das Gegenteil behauptet, so trifft auch den Gläubiger aller Beweis in Bezug auf die geschehene oder erübrigte Vorausklage: Der Gläubiger wird gezwungen zu beweisen, daß er die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner erfolglos versucht habe oder zur Vorausklage nicht verpflichtet sei. Diese Regelung der Beweislast folgt endlich auch aus dem Wortlaute des § 771 B. G. B. selbst, weil das „nicht" unmittelbar hinter „solange" steht. „Solange nicht" heißt dasselbe wie: „es sei denn daß". Der Gläubiger hat zu beweisen, daß die im Nebensatze angeführte Tatsache als Ausnahme von der Regel gilt [7]). Anderer Ansicht ist freilich Stammler [8]): „Nach der Fassung des § 771 läßt sich nicht gut mehr bezweifeln, daß der Bürge auch die Beweislast dafür hat, der Gläubiger habe eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner noch nicht versucht oder die versuchte Zwangsvollstreckung sei erfolgreich gewesen."

Erhebt der Bürge die Einrede der Vorausklage, so hat der Gläubiger, wie er im Falle des § 771 den Nachweis der erfolglos in das Vermögen des Hauptschuldners versuchten Zwangsvollstreckung führen muß,

[7]) vergl. Leonhard, S. 480.

[8]) S. 86 f, Anm. 2.

im Falle des § 772 Abs. 1 B. G. B. zu beweisen, daß es sich um eine Bürgschaft für eine Geldforderung handele und er getan habe, was die Vorschrift des § 772 Abs. 1 vom Gläubiger verlange, ehe er den Bürgen angreife. Der Beweis, daß dem Gläubiger ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners zustehe, aus der der Gläubiger seine Befriedigung suchen müsse[9]), liegt dem Bürgen ob. Macht daraufhin der Gläubiger geltend, daß ihm ein Pfand- oder ein Zurückbehaltungsrecht an der beweglichen Sache des Hauptschuldners auch für eine andere Forderung zustehe und beide Forderungen durch den Wert der Sache nicht gedeckt würden[10]), so hat der Gläubiger diesen Nachweis zu führen[11]).

Behauptet der Bürge, der Gläubiger habe die ihm obliegende Diligenzpflicht verletzt, so hat er den Beweis zu erbringen, inwiefern und inwieweit der Gläubiger fahrlässig mit seinem Anspruch gegen den Hauptschuldner umgegangen ist, und zwar hat der Bürge die sämtlichen Voraussetzungen darzutun[12]).

Erklärt der Gläubiger auf die Einrede der Vorausklage im Wege der Replik, daß sich für ihn die Vorausklagung des Hauptschuldners nach einem der Fälle des § 773 Ziff. 1 bis 4 B. G. B. erübrigt habe, so trifft ihn hierfür die Beweislast; es handelt sich ja um eine nachträglich eingetretene Entkräftung der Einrede. Behauptet nun der Bürge im Wege der Duplik, daß bei einem der Fälle der Ziffer 3 oder 4 des § 773 der Gläubiger aus einem Pfand- oder Zurückbehaltungsrechte sich befriedigen könne, daß er

[9]) B. G. B. § 772 Abs. 2 Satz 1.

[10]) B. G. B. § 772 Abs. 2 Satz 2.

[11]) vergl. v. Staudinger, Anm. 3 zu § 772, z. 7 a. M.

[12]) Fischer-Henle, Anm. 4 zu § 776.

an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners habe, so hat das Bestehen dieses Rechtes der Bürge nachzuweisen. Dagegen liegt wiederum dem Gläubiger der Beweis ob, wenn er im Wege der Triplik geltend macht, daß ihm das Pfandrecht oder das Zurückbehaltungsrecht an der beweglichen Sache des Hauptschuldners auch für eine andere Forderung zustehe und beide Forderungen nicht durch den Wert der Sache gedeckt würden. Ebenso liegt die Beweislast beim Gläubiger, wenn streitig ist, ob die Einrede der Vorausklage deshalb dem Bürgen nicht gegeben ist, weil er Vollkaufmann ist oder weil er die Bürgschaft für einen rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleich übernommen habe.

Wie schon oben unter 6 erwähnt, hat ein Erlaßvertrag zwischen Gläubiger und Schuldner die Befreiung für den Bürgen ohne Weiteres zur Folge, während diesen Erfolg der Erlaßvertrag zwischen Gläubiger und Urschuldner für den anderen Gesamtschuldner, z. B. den kumulativen Schuldübernehmer, nur dann hat, wenn dies in dem Willen der den Erlaßvertrag schließenden Parteien lag[13]) Für diesen Willen der Parteien ist der kumulative Schuldübernehmer beweispflichtig, da im Zweifel nur die geringere Wirkung, also nur das Ausscheiden desjenigen Gesamtschuldners anzunehmen ist, mit dem der Erlaßvertrag abgeschlossen ist[14]). Ebenso Oertmann[15]): „Den Beweis einer so weitgehenden Absicht muß der Schuldner führen, der sich darauf beruft. Das ergibt sich aus der allgemeinen Beweispflicht für rechtsaufhebende Tatsachen wie auch aus dem Wortlaute."

Bei der Schadloshaltungsbürgschaft muß der Gläubiger die fruchtlos versuchte Zwangsvollstreckung

---

[13]) B. G. B. § 423.

[14]) vergl. Brattig, 56.

[15]) a. a. O. Anm. zu § 423.

schon um deswillen nachweisen, weil sie zum Klaggrunde gehört und der Kläger für alle den Klaggrund bildenden Tatsachen beweispflichtig ist.

Ward durch Vereinbarung mehrerer Verpflichteter mit dem Gläubiger ein bestimmter ordo conventionis geschaffen, so ist die Beweispflicht des zu Unrecht zunächst Belangten insofern eine intensivere als bei der Bürgschaft, weil dann die gesetzliche Grundlage fehlt, die ohne Weiteres einem Bürgen die Einrede der Vorausklage gewährt. Der zu Unrecht zunächst Belangte muß nämlich das Bestehen der Vereinbarung über den ordo conventionis — also das faktische Fundament der aus speziellem Vertrage hergeleiteten Einrede der Vorausklage — beweisen, ein Beweis einer Grundlage, die der Gläubiger bei einer Bürgschaft in aller Regel durch die Klageerhebung als bestehend zugibt, ja als bestehend voraussetzt. Im übrigen regelt sich die Beweislast wie bei der gewöhnlichen Bürgschaft: Der Gläubiger ist für die Momente beweispflichtig, die die Einrede der Vorausklage beseitigt haben oder ausschließen. Dasselbe gilt von der Rückbürgschaft und dem Kreditmandat.

Bei der Wechselbürgschaft ist derjenige beweispflichtig, der etwas von der formellen Wechselstrenge Abweichendes als vereinbart behauptet, z. B. daß trotz der Wechselform nur die zivilrechtliche Bürgschaft mit oder ohne Einrede der Vorausklage oder daß neben der Wechselbürgschaft auch noch eine zivilrechtliche Bürgschaft mit oder ohne Einrede der Vorausklage ausbedungen worden sei.

Kann die Regelung der Beweislast durch Parteivereinbarung geändert werden? Diese Frage ist zu verneinen. Denn die Beweislastregelung ist Prozeßnorm, also öffentliches Recht und als solches der Parteivereinbarung entzogen. Sonst könnte man ja auch

dadurch dem Richter in seiner Urteilspflicht unzulässige Schranken ziehen. Gerade dies will überdies doch der § 447 Z. P. O. verhindern.[16])

[16]) vergl. Krefft, S 79 f.; Gaupp-Stein S. 657 zu § 282 und S. 639,5.

IX.

Das Übergangsrecht mit Beziehung auf die Einrede der Vorausklage.

Nach Artikel 170 des Einführungsgesetzes zum B. G. B. bleiben für ein Schuldverhältnis, das vor dem Inkrafttreten des B. G. B. also vor dem 1. Januar 1900 entstanden ist, die bisherigen Gesetze maßgebend. Nun ergibt sich aber für die Bürgschaft die Eigentümlichkeit, daß immer zwei in enger Verbindung miteinander stehende Schuldverhältnisse vorliegen, von denen das eine ein accessorium des anderen ist. Für jedes dieser beiden Schuldverhältnisse, also für das Verhältnis zwischen Gläubiger und Hauptschuldner und für dasjenige zwischen Gläubiger und Bürgen, ist eine besondere Beurteilung nötig, die dann nicht schwer ist, wenn beide Schuldverhältnisse unter der Herrschaft des alten oder beide unter der des neuen Rechtes entstanden sind. Schwieriger ist die Lösung, wenn das eine Schuldverhältnis vor dem 1. Januar 1900, das andere an oder nach diesem Tage begründet ist. Dann bleibt zu beachten, daß nach der akzessorischen Natur des Bürgschaftsvertrages Inhalt und Umfang der Verpflichtung des Bürgen in Bezug auf die Leistung des Hauptschuldners sich nach dem Rechte der Hauptschuld richtet; dagegen ist für die Bürgenverpflichtung selbst, also für die

Frage, unter welchen Voraussetzungen er den Gläubiger für die Hauptschuld einzustehen hat, das Recht der Bürgschaftsverpflichtung maßgebend. Also ist das Recht der Bürgschaftsschuld entscheidend dafür, ob der Bürge zu leisten hat, das Recht der Hauptschuld dafür, was er zu leisten hat. Demnach regelt das Recht des Bürgschaftsschuldverhältnisses die Frage, ob der Gläubiger nur subsidiär oder auch nichtsubsidiär an den Bürgen sich soll halten können. Ob diesem die Einrede der Vorausklage zusteht oder nicht, ist daher unter allen Umständen nach dem für die Bürgschaftsobligation maßgebenden Rechte zu beurteilen [1] [2].

[1]) vergl. Habicht, S. 307.

[2]) Dasselbe gilt vom internationalen Privatrecht: Die Einrede der Vorausklage richtet sich nach dem örtlichen Recht der Bürgschaftsverpflichtung. Vergl. v. Staudinger, Vorbem. 10 von § 765 und R. G. E. Bd. 9 S. 187 und Bd. 54 S. 315.